

nr 4/2018

# juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

## Europas Demokratie und Zukunft

recht & gesellschaft

Gleichbehandlung in der Plattformökonomie  
Law & Literature  
Geschlecht und Abstammungsrecht

debatte equality bodies

ECRI Standards

Für Context herausgegeben von Philipp Hense-Lintschnig, Valerie Purth, Maria Sagmeister,  
Nikolaus Wieser

[www.verlagoesterreich.at](http://www.verlagoesterreich.at)  
[www.juridikum.at](http://www.juridikum.at)

 VERLAG  
ÖSTERREICH

# 2019 wird ein gutes Jahr

Lichtblicke fürs neue Jahr

Valerie Purth / Nikolaus Wieser

---

An dieser Stelle wurde zuletzt vermehrt ein dunkles Bild gezeichnet: Einsparungen für feministische Initiativen und Vereine;<sup>1</sup> Einsparungen in der Justiz und damit einhergehende Bedenken für die Rechtsstaatlichkeit.<sup>2</sup> Eine Entwicklung, die sich auch außerhalb der Landesgrenzen beobachten lässt: In Ungarn, wo Gender Studies aus dem Lehrplan der Universitäten gestrichen werden sollen und das Europäische Parlament nun ein Werteverletzungsverfahren initiiert hat, oder auch in Polen, wo die Europäische Kommission bereits Art 7 EUV aktiviert hat. Weitere aktuelle Anlässe für einen kritischen *vor.satz* sind schnell gefunden – etwa mit Blick auf den Umgang des österr Innenministeriums mit „kritischen Medien“<sup>3</sup> zu der Kommissionpräsident *Jean-Claude Juncker* klare Worte fand: „Ohne Pressefreiheit gibt es keine Demokratie.“<sup>4</sup> Jedoch wollen wir es hier mit diesem (Protest-)Hinweis belassen und uns stattdessen auf die Suche nach Lichtblicken für das kommende Jahr machen. 2019 hält, davon sind wir überzeugt, auch Positives für uns bereit – ebenso wie dieses Heft! Nun denn:

Sie wird kommen: die Gleichstellung gleichgeschlechtlich liebender mit gegengeschlechtlich liebenden Paaren. Zum Zeitpunkt, als diese Zeilen geschrieben werden, ist noch nicht ganz klar, in welcher Form, die Gleichstellung wird jedoch früher oder später vollzogen. Das bedeutet, dass das symbolträchtige Privileg der Ehe geteilt wird und unsere Gesellschaft sich einen Schritt in Richtung Respekt und Wertschätzung von gleichgeschlechtlich lebenden und liebenden Paaren bewegt. Andere Länder haben bereits gezeigt wie es geht, in Ö heißt es erst jetzt, dafür aber mit umso mehr Verve: *Tu, felix Austria, nube!*

---

1 Angemerkt sei an dieser Stelle, dass sich die Sicherheitskosten für die Hochzeit von BM<sup>in</sup> *Karin Kneissl* durch den Besuch des russischen Präsidenten *Vladimir Putin* mit ca EUR 222.750,- in etwa die Höhe der Einsparungen für feministische Initiativen und Vereine mit ca EUR 194.000,- die Waage halten. Vgl dazu *Hausbichler*, Frauenprojekten in Österreich wird massiv das Budget gekürzt, *derStandard.at* v 26.7.2018, [derstandard.at/2000084071322](https://derstandard.at/2000084071322) (26.9.2018); *APA*, Sicherheit für *Kneissl-Hochzeit* kostete 222.750 Euro, *derStandard.at* v 25.9.2018, [derstandard.at/2000088040518](https://derstandard.at/2000088040518) (26.9.2018).

2 Vgl *vor.satz* *juridikum* 2/2018 und 3/2018.

3 Vgl Rundmail des Ressortsprechers des BMI *Christoph Pölzl* an die Polizeipressestellen zur Kommunikationsstrategie mit kritischen Medien, abrufbar unter [falter.at/falter/2018/09/25/die-zensurorder-des-innenministeriums/](https://falter.at/falter/2018/09/25/die-zensurorder-des-innenministeriums/) (26.9.2018).

4 *Mayer*, Kommissionpräsident *Juncker*: „Ich bin nicht frei von Euroskepsis“, *derStandard.at* v 6.10.2018, Interview, das *Juncker*, um ein Zeichen für die Pressefreiheit zu setzen, den „kritischen Medien“ *Falter*, *Kurier* und *Standard* gab, [derstandard.at/2000088766841](https://derstandard.at/2000088766841) (6.10.2018).

Ein weiterer Lichtblick in Bezug auf die rechtliche Anerkennung von Vielfalt ist, dass intergeschlechtliche Menschen in Ö nunmehr das Recht auf eine adäquate, ihrer Geschlechtsidentität entsprechende Bezeichnung im Personenstandsregister haben. 2019 kann das Jahr werden, in dem intergeschlechtliche Menschen von diesem ihrem Recht Gebrauch machen und so in ihrer Geschlechtsidentität endlich Männern und Frauen als gleichwertig anerkannt werden. Hier dürfen wir auf den *nach.satz* dieses Hefts verweisen, in dem *Elisabeth Greif* die Hintergründe dieser VfGH-Entscheidung erläutert und auf die Umsetzung in der Praxis eingeht.

Während diese Zeilen getippt werden, scharren gleich drei Volksbegehren in den Startlöchern. Das Frauenvolksbegehren, „Don't smoke – das Volksbegehren für den NichtraucherInnenschutz“ sowie das Volksbegehren „ORF ohne Zwangsgebühren“ der Christlichen Partei Österreichs. Während eines dieser Volksbegehren sein Ziel, einen breiten Diskurs loszutreten, bereits erreicht hat und wir ihm für seinen weiteren Weg von Herzen alles Gute wünschen, stellen wir einem zweiten gute Chancen aus, tatsächlich auf gesetzlicher Ebene etwas bewirken zu können. In jedem Fall werten wir die Volksbegehren als Lichtblick für 2019 – die Zivilgesellschaft rührt sich und sendet starke Signale, indem sie sich dieses demokratische Rechtsinstrument zunutze macht.

Wenn man die Perspektive erweitert und den Blick auf die größeren Zusammenhänge richtet, so springt ein Datum ins Auge: der 26. Mai 2019, der Tag an dem in Ö die Wahl zum Europäischen Parlament stattfindet. Mit dem *thema* dieses Heftes zu *Europas Demokratie und Zukunft* bieten wir unseren Leser\_innen dazu eine geballte Ladung an Lese-stoff aus der Feder rechts- und politikwissenschaftlicher Autor\_innen und dürfen eine praktische Handlungsanleitung vorwegnehmen: Gehen Sie wählen!

Nicht zuletzt wird das kommende Jahr ein gutes, weil das *juridikum* seinen 30. Geburtstag begehen wird. Im 30. Jahr ihrer Existenz ist unsere Zeitschrift so vital und dynamisch, dass es die reinste Freude ist. Wir freuen uns also sehr, diesen Anlass mit Ihnen, liebe Leser\_innenschaft, entsprechend feierlich zu begehen: Das erste Heft 2019 wird ein Jubelheft, das Kontinuitäten und Brüche in der Rechtsentwicklung und Rechtspolitik anhand der Geschichte des *juridikum* aufspüren wird. Ehemalige und aktuelle Autor\_innen und Redaktionsmitglieder werden zu Wort kommen und ihre Kräfte in diesem einmaligen Format bündeln. Begleitend dazu veranstalten wir am 24. Mai 2019 eine Jubiläumsveranstaltung am Wiener Juridicum der Universität Wien, zu der wir Sie schon heute herzlich einladen dürfen.

2019 wird ein gutes Jahr.

Mag.<sup>a</sup> Valerie Purth, MA und Mag. Nikolaus Wieser sind Mitherausgeber\_innen des *juridikum*;  
valerie.purth@gmail.com, nikolaus.wieser@univie.ac.at

# Inhaltsverzeichnis

## vor.satz

- 413 2019 wird ein gutes Jahr  
*Lichtblicke fürs neue Jahr*  
Valerie Purth / Nikolaus Wieser

## merk.würdig

- 417 Anwalt der Republik von Weimar  
Gerd Giesen
- 420 Recht vegan  
Petra Limberger
- 424 Unselbstständig. Selbstständig. Erwerbslos.  
Andreas Wöckinger
- 427 Gleichstellung von Frauen und Männern – (k)ein Unterrichtsprinzip?  
*Zur Aufhebung des Erlasses „Erziehung zur Gleichstellung von Frauen und Männern“*  
Nadine Hauptfeld
- 432 Rechtsanpassung und Rechtsbereinigung  
*Vom Nachbessern in der Legistik*  
Karin Neuwirth

## recht & gesellschaft

- 435 Gleichbehandlung in der Plattformökonomie  
*Ein weiterer Baustein für faire Arbeitsbedingungen für CrowdworkerInnen*  
Martin Risak / Michael Gogola
- 446 Zu „Machtergreifungen“ und dem „Marsch auf Rom“  
*Über Notwendigkeit und Handlungsspielraum*  
Julius Schumann
- 456 Geschlecht und Abstammungsrecht  
*Zur BGH Entscheidung v. 6.9.2017, XII ZB 660/14*  
Ute Schreiner
- 467 Häfn oder Reden?  
*Praxisbericht zu gerichtlich angeordneter Therapie und deren Wirkung bei Suchtmittelabhängigen*  
Ursula Zeisel / Martin Weber

## debatte

- 477 ECRI-Standards: A Benchmark for Austrian Equality Bodies  
Silvia Ulrich

## thema

- 485 Vorwort der Gastherausgeber\_innen: Europas Demokratie und Zukunft  
Corinna Potocnik-Manzouri / Nikolaus Wieser
- 489 Europäische Republik: Von der EU-Rechtsgemeinschaft zur europäischen Demokratie?  
Ulrike Guérot
- 498 Europäische Demokratie und Parteien  
*Ein unionsrechtlicher Überblick*  
Nikolaus Wieser
- 503 Geeint gegen Europa?  
*(In-)Kohärenz populistisch-rechtsradikaler Parteien in ihren Forderungen zur Reform verschiedener EU-Politikfelder*  
Georg Plattner
- 514 Wasted votes – Zeit aufzuräumen?  
*Zur Problematik der Sperrklausel auf nationaler und europäischer Ebene*  
Teresa Radatz
- 525 Wohin steuert Europa?  
*Ausgewählte Aspekte der Debatte über die Zukunft der Europäischen Union*  
David Eisendle

- 537 Achmea  
*Über Investitionsschutz, Demokratie und das Wesen des Unionsrechts*  
Johannes Tropper
- 548 Investitionsschutzrecht 2.0: Alter Wein in neuen Schläuchen  
*Auf der Suche nach dem Sinn des Investitionsschutzes im CETA-Abkommen*  
Konrad Lachmayer / Lukas Wieser

## nach.satz

- 558 Tertium datur – causa finita?  
*Zum „Dritten Geschlecht“ in Österreich*  
Elisabeth Greif

## Impressum

### juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft  
www.juridikum.at, ISSN Print edition 1019-5394,  
ISSN Electronic edition 2309-7477

### Herausgeber\_innen:

Für Context – Verein für freie Studien und brauchbare  
Informationen (ZVR-Zahl: 499853636) herausge-  
geben von: Philipp Hense-Lintschnig, Valerie Purth,  
Maria Sagmeister, Nikolaus Wieser

### Medieninhaber und Verleger:

Verlag Österreich GmbH  
Bäckerstraße 1, 1010 Wien, Tel. 01/610 77  
www.verlagoesterreich.at  
Abo-Bestellung: +43 1 680 14-0, Fax: -140  
E-Mail: order@verlagoesterreich.at  
Anzeigenkontakt: Marcus Dalfen  
Tel: +43-1-610 77-220, Fax: +43-1-610 77-419  
m.dalfen@verlagoesterreich.at (DW 123).  
Verlagsredaktion: Mag. Jörg Steiner  
j.steiner@verlagoesterreich.at

### Preis:

Jahresabonnement: Euro 64,-  
Abo für Studierende, Erwerbslose,  
Zivil- und Präsenzdiener: Euro 25,-  
Einstiegsabo: Euro 11,-  
Einzelheft: Euro 19,-  
(Alle Preise inkl. MWSt, excl. Versandkosten)  
Erscheinungsweise: vierteljährlich

### Redaktion:

Angelika Adensamer, Flora Alvorado-Dupuy, Fabiane  
Baxewanos, Miriam Broucek, Isabell Doll, Lorenz  
Dopplinger, Nina Eckstein, Karol Felsner, Ronald  
Frühwirth, Marion Guerrero, Paul Hahnenkamp,  
Philipp Hense-Lintschnig, Kevin Fredy Hinterberger,  
Matthias C. Kettemann, Andrea Kretschmann, Emanuel  
Matti, Eva Pentz, Nora Pentz, Marija Petričević, Valerie  
Purth, Ines Rössl, Maria Sagmeister, Christoph Stoll,  
Petra Sußner, Caroline Voithofer, Antonia Wagner,  
Nikolaus Wieser, Andreas Wöckinger

### Wissenschaftlicher Beirat:

Heinz Barta (Innsbruck), Barbara Beclin (Wien),  
Katharina Beclin (Wien), Wolfgang Benedek (Graz),  
Nikolaus Benke (Wien), Alois Birklbauer (Linz), Sonja  
Buckel (Frankfurt am Main), Ulrike Davy (Bielefeld),  
Nikolaus Dimmel (Salzburg), Andreas Fischer-Lescano  
(Bremen), Bernd-Christian Funk (Wien/Linz), Elisabeth  
Holzleithner (Wien), Susanne Krasmann (Hamburg),

René Kuppe (Wien), Nadja Lorenz (Wien), Karin Lukas  
(Wien), Eva Maria Maier (Wien), Andrea Maihofer  
(Basel), Ugo Mattei (Turin/Berkeley), Alfred J. Noll  
(Wien), Heinz Patzelt (Wien), Arno Pilgram (Wien), Ilse  
Reiter-Zatloukal (Wien), Birgit Sauer (Wien), Oliver  
Scheiber (Wien), Marianne Schulze (Wien), Alexander  
Somek (Wien), Richard Soyer (Wien/Linz), Heinz Stei-  
nert † (Frankfurt am Main), Bea Verschraegen (Wien/  
Bratislava), Ewald Wiederin (Wien), Maria Windhager  
(Wien), Michaela Windisch-Grätz (Wien), Ingeborg  
Zerbes (Bremen)

### Autor\_innen dieser Ausgabe:

David Eisendle, Gerd Giesen, Michael Gogola, Elisabeth  
Greif, Ulrike Guérot, Nadine Hauptfeld, Konrad  
Lachmayer, Petra Limberger, Karin Neuwirth, Georg  
Plattner, Corinna Potocnik-Manzouri, Valerie Purth,  
Teresa Radatz, Martin Risak, Ute Schreiner, Julius  
Schumann, Johannes Tropper, Silvia Ulrich, Martin  
Weber, Lukas Wieser, Nikolaus Wieser, Andreas  
Wöckinger, Ursula Zeisel

### Gastherausgabe des themes:

Corinna Potocnik-Manzouri, Nikolaus Wieser

## Offenlegung

Die Verlag Österreich GmbH, Bäckerstraße 1,  
1010 Wien (Geschäftsführung: MMag. Johannes  
Schultze, Dkfm. André Caro) ist eine Tochtergesellschaft  
der Wissenschaftlichen Verlagsgesellschaft mbH  
Stuttgart, Birkenwaldstraße 44, D-70191 Stuttgart  
(Geschäftsführer: Dr. Christian Rotta, Dkfm. André  
Caro) und ist zu 100% Medieninhaber der Zeitschrift  
juridikum. Der Werktitel „juridikum – zeitschrift für  
kritik | recht | gesellschaft“ steht im Eigentum des Ver-  
eins „CONTEXT – Verein für freie Studien und brauch-  
bare Information“, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien.  
Die grundlegende Richtung des juridikum ergibt sich aus  
den Statuten des Vereins CONTEXT und aus dem Inhalt  
der veröffentlichten Texte. Erscheinungsort: Wien.

### Layout und Satz: Datagroup Int. Tisimoara

Context ist Mitglied der VAZ (Vereinigung alternativer  
Zeitungen und Zeitschriften).

### Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die Herausgeber\_innen:

Philipp Hense-Lintschnig: philipp.hense@riseup.net  
Valerie Purth: valerie.purth@gmail.com  
Maria Sagmeister: maria.sagmeister@univie.ac.at  
Nikolaus Wieser: nikolaus.wieser@univie.ac.at

Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“.

# Anwalt der Republik von Weimar

Gerd Giesen

---

Rezension zu: *Grothel/Pomerance/Schulz* (Hrsg), Ludwig Haas. Ein deutscher Jude und Kämpfer für die Demokratie, Droste Verlag, Düsseldorf (2017), 320 S, ISBN 978-3-7700-5335-3

Die anstehende hundertjährige Wiederkehr der Ausrufung der Republik in Deutschland durch den Sozialdemokraten *Philipp Scheidemann* am 9.11.1918 bringt es mit sich, dass die einschneidende und mitunter blutige Transformationsphase von der Hohenzollernmonarchie zur Weimarer Republik dieses Jahr wieder in den besonderen Aufmerksamkeitsfokus der öffentlichen Erinnerungskultur rückt. Meist, wenngleich nicht immer, stehen dabei die Auseinandersetzungen innerhalb der Sozialdemokratie und die Spaltungsgeschichte der Arbeiter\_innenbewegung im Zentrum der Betrachtung.<sup>1</sup> Etwas seltener den Mittelpunkt der geschichtswissenschaftlichen Debatte, so mag bisweilen der Eindruck entstehen, bildet der Weimarer Linkliberalismus, wie er sich ab 1918 vor allem in der DDP<sup>2</sup> organisierte. Ein neu erschienener Sammelband würdigt nun *Ludwig Haas* (1875–1930), einen ihrer damals prominenten Vertreter\_innen. Der jüdische Rechtsanwalt und Politiker trat in Parlament und Öffentlichkeit als entschlossener Befürworter der Republik auf und setzte sich Zeit seines politischen Wirkens für ein breites Bündnis von sozialistisch-demokratischer Arbeiterschaft und dem aufgeklärten, liberal und demokratisch gesinnten Teil des Bürgertums ein.

Der *Haas* gewidmete Sammelband teilt die in ihm enthaltenen Beiträge in vier mehr oder minder chronologisch angeordnete Kapitel auf. Nachgezeichnet werden die wesentlichen Stationen seines Wirkens und ihre Einbettung in die jeweiligen gesellschaftlichen Verhältnisse, wobei die in sich geschlossenen Aufsätze in ihren biographischen Schilderungen und Rekonstruktionen teils Überschneidungen aufweisen. Die Beiträge des ersten Kapitels (S 13–91) zeigen die politische Sozialisation und die frühe liberale Prägung *Haas'* durch seine Mentoren auf und widmen sich dabei auch seinem jüdischen Glauben, den er schon in jungen Jahren und in einer von gesellschaftlicher Diskriminierung geprägten Zeit selbstbewusst vertreten hat. Als gebürtiger Freiburger ließ sich *Haas* nach dem rechtswissenschaftlichen Studium in Heidelberg, München und seiner Geburtsstadt

---

1 Dazu jüngst noch einmal und lesenswert *Schöler/Scholle* (Hrsg), Weltkrieg. Spaltung. Revolution. Sozialdemokratie 1916 bis 1922 (2018).

2 Deutsche Demokratische Partei (1918–1930); nach ihrem kontinuierlichen Niedergang bei den Reichstagswahlen vollzog die Partei einen umfassenden Rechtsschwenk und nannte sich ab 1930 und bis zu ihrer Zwangsauflösung im Juni 1933 „Deutsche Staatspartei“ (DStP), was eine Austrittswelle ihrer linksliberal orientierten Mitglieder nach sich zog.

sowie einer sich anschließenden Promotion in Karlsruhe nieder, wo die Kanzlei des redegewandten jungen Advokaten rasch zu einer der renommiertesten Adressen der Stadt avancierte. Politisch trat er oberhalb der kommunalen Ebene erstmals 1912 in Erscheinung, als ihm bei der Reichstagswahl als Vertreter der im späten Kaiserreich noch in der FVP<sup>3</sup> organisierten gemäßigten Liberalen durch sein integratives und überparteiliches Auftreten ein überrschender Sieg in einem tendenziell „roten“ Karlsruher Wahlkreis gelang. Das zweite Kapitel (S 95–186) fokussiert *Haas* als Akteur auf der politischen Bühne der Weimarer Republik. Nach seiner Rückkehr aus dem Weltkrieg managte *Haas* in der Umbruchszeit 1918/19 als Innenminister des neuen Freistaates Baden und Vertreter der Liberalen im Bündnis mit Sozialdemokratie und der katholischen Zentrumspartei den demokratischen Aufbruch im nunmehr monarchiefreien Südwesten. Nahezu zeitgleich beteiligte er sich auf überregionaler Ebene an der Gründung der DDP als einem linksliberalen Sammelbecken, und vertrat die neugegründete Partei als gewähltes Mitglied in der verfassungsgebenden Weimarer Nationalversammlung bis zum Frühjahr 1920. Die Geschichte der DDP ist Gegenstand des Beitrags von *Ewald Grothe* (S 177–183), dem eine prägnante Vermessung des hoffnungsvollen Anfangs und schlussendlichen Scheiterns linksliberaler Politikansätze in der Weimarer Parteienlandschaft gelingt, die sich angesichts eines aus dem Kaiserreich tradierten, bis weit in die bürgerliche Gesellschaft hinein verankerten Anti-Republikanismus von 1918 an in der Defensive befanden. Wiederum als Reichstagsabgeordneter bezog *Haas* in den folgenden Jahren in seinen öffentlichen Einlassungen Stellung gegen die Hetze und blutigen Attacken, denen sich die junge Weimarer Demokratie von rechtsradikaler Seite ausgesetzt sah und die im *Kapp-Lüttwitz-Putsch* und in den Morden an den Ministern *Erzberger* und *Rathenau* zu Beginn der 1920er Jahre ihren ersten verheerenden Höhepunkt erreichten. Das Einstehen für die Existenz der Republik blieb gleichsam wie die außenpolitische Aussöhnung mit den ehemaligen Kriegsgegnern das Leitmotiv seines Wirkens als Abgeordneter. Seine Vorstellung von einem Bündnis der bürgerlichen Linken mit der Sozialdemokratie zur Verteidigung des Weimarer Staates fand zudem in seinem Engagement für die Gründung der prorepublikanischen Organisation des „Reichsbanners“ ihren sichtbaren Ausdruck. Obwohl er 1928/29 schließlich die Funktion des Vorsitzenden der Fraktion seiner DDP bekleidete, zog es *Haas* auch während der vorübergehenden politischen und ökonomischen Konsolidierungsphase der Republik Mitte der 1920er Jahre nicht in Regierungsämter. Dies vor allem im Angesicht eines im gesellschaftlichen und politischen Klima verbreiteten Antisemitismus, dem *Haas*, der neben seiner Abgeordnetentätigkeit nicht zuletzt auch im Hauptvorstand des „Centralverbands deutscher Staatsbürger jüdischen Glaubens“ mitarbeitete, über weite Strecken seines Lebens ausgesetzt war, wie es *Andreas Schulz* (S 157–175) detailliert und kenntnisreich herausarbeitet.

---

3 Fortschrittliche Volkspartei (1910–1918).

Über die herannahende Gefahr für die jüdische Bevölkerung machte er sich am Ende der 1920er Jahre mit Blick auf die immer schwächer werdenden Koalitionen der republiktreuen Parteien und des aufziehenden Rechtsrucks keine Illusionen, wie die\_der Leser\_in vor allem im dritten Kapitel (S 189–247) erfährt, welches sich stärker dem familiären Umfeld des Privatmanns *Haas* zuwendet. Ausdrücklich riet *Haas* seinen Angehörigen in der letzten Phase seines Lebens zur Emigration und namentlich dazu, Deutschland so weit als irgendetmöglich hinter sich zu lassen. Tatsächlich sollte sich das spätere neuseeländische Exil für seine beiden Kinder nach 1933 als rettender Fluchtort vor den Schergen der Nazi-Diktatur erweisen. *Haas* selbst musste die Etablierung des NS-Regimes und den offenen Terror des „Dritten Reiches“ selbst nicht mehr miterleben. Er starb schwer erkrankt im August 1930 mit gerade einmal 55 Jahren an einem Hirnschlag. Der Sammelband schließt mit den beiden Beiträgen des letzten Kapitels (S 251–279), in denen *Martin Schumacher* und *James N. Bade* die Geschichte linksliberaler Emigration aus Hitler-Deutschland und die historischen Auswanderungsbewegungen nach Neuseeland abstrahiert und in einem umfassenden Ansatz beleuchten.

Als historischer Protagonist geriet *Haas* – wie die Herausgeber ernüchert bilanzieren – nach 1945 weitgehend in Vergessenheit. Bis heute ist er in Deutschland nur mäßig bekannt. Der Sammelband regt nunmehr zur erstmaligen Beschäftigung oder Wiederentdeckung des badischen Parlamentariers an. Die gehaltvollen Beiträge erweisen sich durchweg – auch und gerade für Nicht-Historiker\_innen – als sehr gut lesbar. Den Herausgebern ist es gelungen, *Haas* eine längst überfällige Würdigung in der historischen Forschung zuteil kommen zu lassen, die aufgrund der wissenschaftlichen Qualität der einzelnen Abhandlungen den nicht gänzlich geringen Kaufpreis zu rechtfertigen vermag. Historisch interessierten Jurist\_innen kann daher der Erwerb des Bandes nahegelegt werden.

Dr. Gerd Giesen ist Jurist und lebt in Berlin; g.giesen@gmx.net

# Recht vegan

Petra Limberger

---

Rezension zu *Kudelka/Hnat/Müller-Amenitsch*, *Vegan im Recht – Österreich Edition*. Das Handbuch für juristische Fragen des veganen Lebensstils, Vegane Gesellschaft Österreich, 2018, 184 S.

Ob aus Klimaschutzgründen oder Ablehnung eines völlig aus dem Ruder gelaufenen Systems der Tierausbeutung: Immer mehr Menschen entscheiden sich bewusst für eine vegane Lebensweise, dh sie verzichten zur Gänze auf tierische Produkte ua in Nahrungsmitteln, Kleidung, Kosmetik und Medikamenten. Sofern sie einen in ein ethisches und moralisches Gesamtkonzept eingebetteten Veganismus leben, kann es sich dabei um eine rechtlich geschützte Weltanschauung handeln. Daran knüpfen zahlreiche rechtliche Fragen: Gibt es ein Recht auf vegane Verpflegung in öffentlichen Einrichtungen? Darf man sein Kind vegan ernähren? Welche rechtliche Handhabe haben vegane VerbraucherInnen? Lit und Rsp in Ö haben sich damit bisher kaum befasst. Dieses Buch tastet sich, basierend auf dem dt Ratgeber „Vegan im Recht“ von *Müller-Amenitsch*, an solche Rechtsfragen heran. Gegliedert ist es dabei nach Themengebieten wie Berufsleben, Schule/Studium, Familien- und Verbraucherrecht.

Ethisch-moralische Überzeugungen genießen bis zu einem gewissen Grad den Schutz der Rechtsordnung: Art 9 EMRK schützt neben einem – wie etwa im Jainismus – religiös begründeten dann auch einen säkular motivierten veganen Lebensstil, wenn er einer Weltanschauung gleichkommt. Nach der Rsp des EGMR kann zumindest ein (tier) ethisch motivierter Veganismus jedenfalls unter den Weltanschauungsbegriff subsumiert werden. In Zusammenhang mit dem Begriff „Überzeugungen“, der dem EGMR zufolge dem Begriff der Weltanschauung in Art 9 EMRK ähnelt, spricht er von „Ansichten, die ein gewisses Maß an Stichhaltigkeit, Ernsthaftigkeit, Kohäsion und Gewicht aufweisen“<sup>1</sup> Der Weltanschauungsbegriff im österr Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) hingegen wird in Bezug auf Essgewohnheiten sehr eng ausgelegt, eine Anwendung auf Veganismus könnte zumindest strittig sein.<sup>2</sup> Die Autoren argumentieren aber auch hier überzeugend für eine Anwendung auf ethisch motivierten Veganismus bzw für eine weitere Auslegung. Anknüpfend an den Schutz, den ein ethisch motivierter Veganismus als Weltanschauung genießen muss, wendet sich das Handbuch als Praxisratgeber an vegan Lebende und beinhaltet neben verständlich gehaltenen juristischen Ausführungen zahlreiche Tipps, wie

---

1 EGMR 25.2.1982, 7511/76; 7743/76, *Campbell & Cosans/UK*.

2 Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG Gleichbehandlung-Antidiskriminierung, § 17, Rz 51.

auf Basis dieser Argumentation Ansprüche auf vegane Verpflegung, Kleidung, etc durchgesetzt werden können.

Ein Themenkomplex ist dabei Veganismus im Beruf. Nicht nur bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, sondern auch im Arbeitsleben ist ein Diskriminierungsschutz ua auf Grundlage des GIBG argumentierbar. Die Verweigerung von veganer Verpflegung in der Betriebskantine könnte dann als diskriminierend klassifiziert werden, wenn es sich um eine freiwillige Sozialleistung iSd § 17 Abs 1 Z 3 GIBG handelt. Bei BerufssoldatInnen, im Präsenz- und Zivildienst verorten die Autoren einen Mangel an veganer Verpflegung und Diskriminierung auf mehreren Ebenen und zeigen Rechtswege und Anlaufstellen für die Betroffenen auf. Schon bei der Arbeitssuche kann eine tierethische Überzeugung zum Gegenstand juristischer Auseinandersetzungen werden: Der VwGH<sup>3</sup> musste sich mit der Frage beschäftigen, ob einer vegetarischen Arbeitssuchenden der Dienstantritt in einem Fleisch verarbeitenden Betrieb zumutbar ist. Die Frage wurde jedoch insoweit keiner endgültigen Klärung zugeführt, als der VwGH sich darauf zurückgezogen hat, dass eine Weigerung ohne vorherige Kommunikation mit der/dem DienstgeberIn jedenfalls unzulässig sei.

Gestreift wird auch die Problematik nicht-veganer Berufsausbildungen. Zu nennen ist hier insb die Ausbildung zum Lehrberuf Koch/Köchin, in der das Zubereiten und Teilen von Fleisch und Fisch derzeit Pflicht ist. Damit steht der Lehrplan in Spannungsverhältnis zum ethischen Veganismus. Noch fehlt es an gerichtlichen E zu der Frage, ob hier Alternativen zur Verfügung gestellt werden müssen.

Veganes Essen in öffentlichen Einrichtungen wie Kindergärten, Schulen, Horten, Alters- und Pflegeheimen oder Krankenhäusern ist immer noch eher die Ausnahme als die Regel. Der Schutz des GIBG greift hier nicht, da Verpflegung zu den Gütern und Dienstleistungen zählt, bei denen es gem § 30 nur eine Diskriminierung aufgrund von Geschlecht oder Ethnie verbietet. Die Autoren verweisen zumindest bei den Bildungseinrichtungen auf die Möglichkeit, sich auf eine Verletzung des Rechts auf Bildung und Erziehung in Art 2 1. ZP iVm Art 14 iVm Art 9 EMRK zu stützen.

Ob auch Strafgefangene in Ö das Recht haben, ihre vegane Weltanschauung zu praktizieren, ist noch nicht ausjudiziert. Der EGMR hat in der E *Vartic/Rumänien*<sup>4</sup> eine Verletzung von Art 9 EMRK zumindest darin gesehen, dass einem Buddhisten in Haft vegetarisches Essen verweigert worden war. In der Rs *W/UK*<sup>5</sup> erklärte die Europäische Kommission für Menschenrechte – als damals dem EGMR vorgelagertes Kontrollorgan – Veganismus für eine unter den Schutzbereich des Art 9 EMRK fallende Weltanschauung. Rechtsgrundlage in Ö ist das Strafvollzugsgesetz, weiters gibt es einen – im Lichte von Art 9 EMRK wohl verfassungswidrigen – Erlass des Bundesministers für Justiz, wel-

---

3 Ro 2014/08/0019 v 31.7.2014.

4 EGMR 17.3.2014, 14150/08, *Vartic/Rumänien*.

5 EKMR 10.2.1993, 18187/91, *W/UK*.

cher festlegt, dass kein subjektives Recht auf veganes Essen bestehe, ein Eingehen auf derartige Wünsche aber je nach Ressourcen und Möglichkeiten zulässig sei.

Im Familienrecht sorgte der sog „Bergamo-Fall“ für Aufsehen: In Italien wurde eine Mutter dazu verurteilt, zur Hintanhaltung einer Mangelernährung ihrem Kind Fleisch zu verabreichen, anstatt es – gegen den Willen des Vaters – vegan zu ernähren. Mit der Frage, wer über die (vegane) Ernährungsweise eines Kindes entscheiden darf, setzt sich auch dieser Praxisratgeber auseinander. So keine akute Kindeswohlgefährdung durch eine Mangelernährung besteht, stellt sich die Frage primär bei der gemeinsamen Obsorge. Hier haben die Eltern wenn möglich ein Einvernehmen herzustellen, ggf sind die Gerichte anzurufen. Erörtert wird auch, welche Rechte vegane Kinder und Jugendliche gegenüber ihren Eltern haben, wenn diese gegen die gewählte Ernährungsweise sind. Auch wenn die Eltern das Recht haben, über die Nahrung zu bestimmen, ist auf den Willen des Kindes grundsätzlich Bedacht und jedenfalls von Gewalt oder erniedrigenden Mitteln zur Änderung der Ernährungsweise Abstand zu nehmen.

Das Kapitel „Veganes Verbraucherrecht“ behandelt, wie VerbraucherInnen sich vegane Güter und Dienstleistungen verschaffen können. Hier stellt sich das Problem des Fehlens einer verbindlichen Definition/Deklaration sowie die Frage, wie vorzugehen ist, wenn diese nicht den Erwartungen entsprechen (Gewährleistung, Irrtumsanfechtung nach Regeln des bürgerlichen Rechts). Wird vegane Verpflegung auf einer Reise vereinbart, aber nicht geleistet, zeigen die Autoren, dass möglicherweise ein zur Geltendmachung von Schadenersatz berechtigender Reisemangel iSd Konsumentenschutzgesetzes vorliegen kann.

Schadenersatzansprüche auslösen könnte auch eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts von PatientInnen. § 110 StGB sanktioniert die eigenmächtige Heilbehandlung und damit einen Verstoß gegen den Willen des/der PatientIn. In Deutschland musste ein Arzt Schadenersatz leisten<sup>6</sup>, weil er einer vegetarischen Patientin im Zuge eines Allergietests Fleischbrühe injiziert hatte.

Am Rande setzt sich das Buch noch mit strukturellen Problemen wie der unterschiedlichen Besteuerung von Pflanzen- und Tiermilch als möglichem Verstoß gegen den Grundsatz der steuerlichen Neutralität auseinander. Die AgrarMarkt Austria (AMA) wird von den Autoren wegen der überwiegend in die Tierhaltung fließenden Subventionen und der oft als irreführend empfundenen Werbung vehement kritisiert. Der Vorwurf der Verharmlosung von Tierleid scheint im Lichte der umstrittenen, an Kinder gerichteten Broschüre „Fleisch, woher kommst denn du?“, welche nach Befassung des Werberates im vergangenen Jahr eingestampft wurde, jedenfalls nicht unberechtigt.

Für rechtsunkundige VeganerInnen ist das Buch eine gute Hilfestellung, um sich der eigenen Ansprüche (und Pflichten) in Zusammenhang mit der gewählten Lebensweise bewusst zu werden. Um Rechte iZm ethischem Veganismus in den verschiedensten Berei-

---

6 AG Dürren 13.10.1999, AZ 47 C 301/98.

chen geltend machen zu können, finden die Autoren oft innovative juristische Denksätze, die allerdings ob der praktischen Ausrichtung des Buches nicht immer hinreichend vertieft werden können. Für JuristInnen dient es daher eher als Einstieg in die Materie – es bleibt zu hoffen, dass sich weitere AutorInnen der im Lichte von Tierleid und Klimawandel immer wichtiger werdenden Thematik annehmen.

MMag.<sup>3</sup> Petra Limberger arbeitet als Rechtsanwaltsanwärtlerin (derzeit in Karenz) in der Kanzlei Nadja Lorenz in Wien; [petra.limberger@yahoo.de](mailto:petra.limberger@yahoo.de)

# Unselbstständig. Selbstständig. Erwerbslos.

Andreas Wöckinger

---

Rezension zu: *Birgit Waldhör/Tanja Iljkic/Barbara Trost* (Hrsg), Unselbstständig Selbstständig Erwerbslos, ÖGB Verlag, Wien (2017), 140 S, ISBN 978-3-99046-302-4

*Clemens Christl/Markus Griesser/Kulturrat* (Hrsg), Unselbstständig Selbstständig Erwerbslos, Kulturrat Österreich, Wien (2017), 96 S, ISBN 978-3200-05253-6

Das Prekariat ist in aller Munde. Unsichere Arbeitsverhältnisse werden in der wissenschaftlichen Debatte regelmäßig problematisiert. Oftmals bleiben die Ausführungen dazu jedoch eher oberflächlich. Für dieses Problem versucht die 2017 erschienene Studie des Kulturrat Österreich bzw des ÖGB, die in zwei (voneinander großteils unabhängigen) Teilen erschienen ist, Abhilfe zu schaffen. Sie nähert sich dem Problem sowohl aus juristischer (im ÖGB Verlag erschienen), als auch aus sozialwissenschaftlicher Perspektive (Eigenverlag Kulturrat).

Der juristische Band behandelt zunächst die zivilrechtliche Definition des Dienstvertrags und dessen Abgrenzung zum Werkvertrag.<sup>1</sup> Dem folgt eine eingehende Beschreibung der sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen unterschiedlicher Vertragsformen.<sup>2</sup> Ein Schwerpunkt liegt dabei auf der Entstehung der entsprechenden gesetzlichen Grundlagen im Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG) und im Gewerblichen Sozialversicherungsgesetz (GSVG). Abgerundet wird der Band durch ein Kapitel zu spezifischen Problemen künstlerischer Tätigkeit,<sup>3</sup> einem anschaulich gestalteten Kapitel mit Problemfällen aus der Praxis<sup>4</sup> sowie einem Kapitel, welches mögliche Verbesserungen der Situation von Kunstschaffenden auslotet.<sup>5</sup>

Der sozialwissenschaftliche Band beinhaltet neben einer Einleitung in das Thema<sup>6</sup>, in dem sowohl der theoretische Rahmen als auch das Forschungsdesign und die methodischen Grundlagen der Studie abgesteckt werden, zunächst einen praktischen Überblick, der va auf die Rahmenbedingungen künstlerischer Erwerbstätigkeit Bezug nimmt.<sup>7</sup> Diesem folgt ein Kapitel zu den spezifischen Problemlagen, mit denen Kunstschaffende in Ö

---

1 *Waldhör/Iljkic/Trost*, Unselbstständig Selbstständig Erwerbslos (2017) 13–32.

2 Ebd 32–58.

3 Ebd 59–78.

4 Ebd 79–114.

5 Ebd 115–128.

6 *Christl/Griesser/Kulturrat*, Unselbstständig Selbstständig Erwerbslos (2017) 12–21.

7 Ebd 22–37.

konfrontiert sind, und etwaigen Lösungsansätzen.<sup>8</sup> Der Band schließt mit Schlussfolgerungen zu den hierfür nötigen institutionellen Voraussetzungen und einer Einschätzung zur Wirksamkeit der bislang zur Verbesserung der Situation eingesetzten interministeriellen Arbeitsgruppen.<sup>9</sup>

Die beiden Bände bieten einen detaillierten, kenntnisreichen Einblick in den Alltag von prekär Erwerbstätigen. Der Fokus liegt dabei auf künstlerisch Beschäftigten und deren spezifischen versicherungsrechtlichen Problemen. Hier betritt insb der juristische Band tw Neuland, da eine systematische Betrachtung der arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Folgen von Erwerbstätigen mit geringem Verdienst und unterschiedlichen Tätigkeiten noch äußerst spärlich ist. Der Band schildert anschaulich die unterschiedlichen Definitionen von Dienstnehmer\_innentätigkeit in unterschiedlichen Rechtsbereichen wie bspw dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), dem Dienstnehmerhaftpflichtgesetz (DHG) oder dem Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz (IESG).<sup>10</sup> Hier wird erkennbar, wie (geringfügig abweichende) Definitionen auf unterschiedliche rechtspolitische Überlegungen zurückgehen. Beispielhaft sei hier die Angst des Gesetzgebers vor Scheinselbstständigkeit im Bereich des AuslBG genannt. Hier besteht offenbar ein Bedürfnis nach einer besonders weiten Definition der Dienstnehmer\_innentätigkeit, welche umfangreich eine Erwerbstätigkeit ausländischer Staatsbürger\_innen verbietet.<sup>11</sup>

Überraschend amüsant gestaltet sich der historische Blick auf ASVG und GSVG. Das Zitat aus dem Jahr der Beschlussfassung der Stammfassung des ASVG, 1955, kann auch heute Gültigkeit für sich beanspruchen: „Das Gutachten der Arbeiterkammer stelle fest, daß es auch in Zukunft keinem Versicherten, sondern nur Juristen und ausgesprochenen Spezialisten möglich sein würde, diesen Fragen richtige Interpretationen zu geben.“<sup>12</sup>

Besonders informativ sind die Fallbeispiele am Ende des Bandes. Dieser Teil kann Sozialarbeiter\_innen oder Jurist\_innen, welche mit den sozialversicherungsrechtlichen Folgeproblemen prekärer Beschäftigung arbeiten, einige anschauliche Informationen aus der Praxis bieten. Anhand des Bsp eines Autors, der auch Kurator und Lehrbeauftragter ist werden die Fallstricke sichtbar, welche das Sozialversicherungs- und das Arbeitslosenversicherungsrecht für prekär Beschäftigte bereit hält.<sup>13</sup>

Der sozialwissenschaftliche Teil besticht va durch seine informativen Betrachtungen von Akteur\_innen, die im künstlerischen Bereich oder in dessen Regulierung tätig sind. Zu Wort kommen Behördenvertreter\_innen, welche eine starke Veränderung der künstlerischen Tätigkeit konstatieren<sup>14</sup>, und Interessensvertreter\_innen aus dem Bereich der Kunstschaffenden. In den Interviews wird ersichtlich, dass auch in diesem Feld, je nach

---

8 Ebd 38–74.

9 Ebd 75–85.

10 *Trost ua*, Unselbstständig 21ff.

11 Ebd 21; sh dazu auch: *Marhold/Basar*, Erwerbstätigkeit von AusländerInnen in Österreich, juridikum 2016, 103ff.

12 Ebd 33.

13 Ebd 92ff.

14 *Christl ua*, Unselbstständig 41.

konkreter künstlerischer Tätigkeit, sehr unterschiedliche Probleme existieren.<sup>15</sup> Hier verschaffen insb die Interviews mit den Interessensvertretungen einen anschaulichen Einblick in die praktischen Schwierigkeiten bei der Beratung in Bezug auf die geschilderten Themen.

Das an sich begrüßenswerte Ziel, sich diesem Thema sowohl aus rechtlicher wie aus sozialwissenschaftlicher Perspektive zu widmen, wird leider durch die disziplinäre Trennung in zwei Teile mit unterschiedlichen Herausgeber\_innen etwas unterlaufen. Darüber hinaus bleibt der rechtliche Band, va abseits der besonders positiv hervorzuhebenden Fallbeispiele, an politischer Einschätzung schuldig, was im sozialwissenschaftlichen Teil relativ stark betont wird. Hier hätte eine Verbindung der beiden Disziplinen den Ausführungen zum Thema gutgetan. Darüber hinaus sind manche Befunde unzureichend mit Quellen belegt. Beispielhaft dafür ist etwa, dass eine Veränderung der Struktur der Erwerbstätigkeit von Kameralenten durch nur eine Aussage eines Vertreter des Dachverbands der Filmschaffenden (DVF) belegt wird.<sup>16</sup>

Insg überwiegen jedoch klar die positiven Aspekte. Der Versuch, diesem bisher spärlich behandelten Thema Öffentlichkeit zu verschaffen, ist definitiv geglückt. Das scheint umso wichtiger, als seit Langem eine Krise der klassischen Gewerkschaftsarbeit, verbunden mit einer Veränderung der Struktur der Erwerbstätigen konstatiert wird.<sup>17</sup> Hier leistet die Studie tw wichtige Pionierarbeit. Diese wissenschaftliche Analyse wird wohl am Anfang einer verstärkten Politisierung und Interessensvertretung prekär Beschäftigter stehen müssen. Besonders die Fallbeispiele aus dem juristischen Teil sollen abschließend nochmals positiv hervorgehoben werden. Diese können beispielhaft als Lernunterlage in einem ohnehin schwer zu überblickenden Rechtsbereich, der sich durch eine hohe Reglungsdichte auszeichnet, dienen. Der Autor wird sie für seine Tätigkeit jedenfalls gewissenhaft studieren.

MMag. Andreas Wöckinger arbeitet als Jurist im Referat für Sozialpolitik der Österreichischen HochschülerInnenschaft und ist Redaktionsmitglied des *juridikum*; a.woeckinger@gmx.at

---

15 Ebd 44ff.

16 Ebd 45.

17 Vgl bspw *Pernicka* (Hrsg), *Die Unorganisierten gewinnen: gewerkschaftliche Rekrutierung und Interessensvertretung atypisch Beschäftigter – ein deutsch-österreichischer Vergleich* (2007).

# Gleichstellung von Frauen und Männern – (k)ein Unterrichtsprinzip?

Zur Aufhebung des Erlasses „Erziehung zur Gleichstellung von Frauen und Männern“

Nadine Hauptfeld

---

## 1. Ein Eklat

Ein kleiner Aufschrei<sup>1</sup> ging dann doch durchs Land, als bekannt wurde, dass im Zuge der Bereinigung des schulrechtlichen Normenüberflusses der Grundsatzterlass zum Unterrichtsprinzip „Erziehung zur Gleichstellung von Frauen und Männern“<sup>2</sup> (Grundsatzterlass) aufgehoben wurde.<sup>3</sup> Ich habe mich aus schulrechtlicher Sicht damit beschäftigt, was Erlässe im Allgemeinen und im Schulrecht im Besonderen bedeuten und bin der Frage nachgegangen, was die Aufhebung ganz praktisch im Schulalltag verändern könnte.

## 2. Der Erlass und seine Rolle im Schulrecht

Der sog *numerus clausus* der Handlungsformen der Verwaltung<sup>4</sup> kennt keinen Erlass. Dennoch spielen Erlässe in manchen Bereichen der Verwaltung (zB im Steuerrecht<sup>5</sup>) eine große Rolle. Aufgrund der historisch gewachsenen Komplexität des schulrechtlichen Normensystems wurden Erlässe schon seit dem 19. Jh von der Verwaltung zur Bezeichnung verschiedenster Handlungen benutzt. *Hofstätter* identifiziert als mögliche Gründe<sup>6</sup> für die starke Stellung der Erlässe im Schulrecht außerdem, dass das Schulverhältnis lange Zeit als sog „besonderes Gewaltverhältnis“ – ein Begriff aus der dt Staatslehre, der Bereiche von „rechtsstaatsfreien Inseln“ umreißt<sup>7</sup> – verstanden wurde, mit entsprechend verringertem Rechtsschutz und mangelndem Einklang mit dem Legalitätsprinzip. Durch

---

1 Vgl bspw *Wiener Zeitung online/APA*, NEOS und Grüne kritisieren die Aufhebung des Gleichstellungs-Erlasses, *WienerZeitung.at* v 14.6.2018, [wienerzeitung.at/971072](http://wienerzeitung.at/971072) (18.9.2018).

2 *BMBWF*, Rundschreiben Nr 77/1995.

3 Mit dem RS 09/2018 v 15.3.2018 wurden vom *BMBWF* 100 „obsoleute und redundante“ Rundschreiben und Erlässe aufgehoben; vgl [bildung.bmbwf.gv.at/ministerium/rs/2018\\_09.html](http://bildung.bmbwf.gv.at/ministerium/rs/2018_09.html) (18.9.2018).

4 Vgl auch als die These der Geschlossenheit des Rechtsquellensystems, inkl Kritik an der Geschlossenheitstheorie, zB *Hofstätter*, *Der Erlass im Schulrecht* (2013) 23f mwN.

5 Vgl bspw [bmf.gv.at/steuern/arbeitsnehmer-pensionisten/verordnungen-erlaesse-informationen-1st.html#Erl\\_sse](http://bmf.gv.at/steuern/arbeitsnehmer-pensionisten/verordnungen-erlaesse-informationen-1st.html#Erl_sse) (18.9.2018).

6 *Hofstätter* (2013) 117ff.

7 *Hofstätter* (2013) 117.

die unterschiedlichen bildungspolitischen Ideologien der beiden damaligen Großparteien ÖVP und SPÖ entwickelte die Schulfrage eine derartige Brisanz, dass es phasenweise unmöglich war, wirkliche Entscheidungen herbeizuführen, weil man sich nur auf provisorische Grundsätze einigen konnte. Des Weiteren werden die schwierige Abgrenzung zwischen VO und generellen Weisungen und die notwendige Flexibilität der Schulverwaltung als Erklärung ins Treffen geführt. Die beiden erstgenannten Faktoren sind sicherlich ausschlaggebend dafür, dass die Verrechtlichung des Schulrechts so langsam vorangeschritten ist und es daher einen Bedarf an „Lückenfüllung“ gegeben hat, wofür Erlässe genutzt wurden.<sup>8</sup> Daher gibt es gerade im Schulrecht eine Fülle an Erlässen, die alternativ auch als Rundschreiben, Mitteilung oder Leitfäden bezeichnet werden. Zusammengefasst handelt es sich bei einem Erlass – sei er als solcher bezeichnet oder nicht – also nicht um eine einheitliche Form des Verwaltungshandelns, sondern je nachdem, ob er inhaltlich normativ ist, an wen er sich richtet und wie er kundgemacht wurde, um Rechts- und VerwaltungsVO,<sup>9</sup> Bescheid, (interne) Weisung bzw um ein rein informatives Schreiben.

## 2.1. Rechtsqualität und Rechtsschutz

Je nachdem, ob das als Erlass bezeichnete Verwaltungshandeln als Rechtsakt aus dem geschlossenen Rechtsquellensystem qualifiziert wird oder nicht, unterliegt es ggf der Prüfung der Höchstgerichte. Aber auch die Jud von VfGH und VwGH ergeben nicht notwendigerweise ein einheitliches Bild. Während der VfGH primär auf den Inhalt abstellt und nur ein Mindestmaß an Verlautbarung für die Annahme einer VO einfordert, ist der VwGH der Ansicht, dass gerade die gehörige Kundmachung für die Entstehung einer, einer höchstgerichtlichen Prüfung unterliegenden, VO ausschlaggebend ist.<sup>10</sup> Es liegen also unterschiedliche Ergebnisse zur Rechtsform von Erlässen vor, was dazu führt, dass der VwGH, wenn er aufgrund von Kundmachungsmängeln keine VO annimmt, auch nicht die Überprüfung und ggf Aufhebung durch den VfGH nach Art 139 B-VG beantragen kann. *Hofstätter* sieht hier eine Situation, die zu Lücken im Rechtsschutz führen kann.<sup>11</sup> Zusammenfassend lässt sich also bemerken, dass keiner der angeführten Gründe die aus rechtsstaatlicher Sicht tw höchstproblematische, weil zwar in der Verwaltung als bindend angesehene, wiewohl aber weder verfassungsmäßige noch notwendigerweise der Überprüfung durch die Höchstgerichte unterliegende, Rechtserzeugung durch Erlässe ausreichend rechtfertigen kann.<sup>12</sup>

---

8 *Hofstätter* (2013) 125f.

9 Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht (2012)<sup>9</sup> 264.

10 *Hofstätter* (2013) 66f mwN.

11 *Hofstätter* (2013) 67.

12 *Hofstätter* (2013) 125f.

Erlässe sind für den\_die Normadressat\_in oder zumindest Betroffene\_n nicht die ideale Umsetzungsform von Rechtssetzungsanliegen: Obwohl sie oftmals das Mittel der Wahl sind, das Verhalten der Verwaltung zu konkretisieren und Vorgaben zu implementieren, ist es für die Verwalteten mitunter schwierig, daraus ev erwachsende Rechte durchzusetzen. Dies zeigt sich bspw an den Erlässen in der Schulverwaltung in Bezug auf Legasthenie und Lese-Rechtschreib-Schwäche (LRS):<sup>13</sup> Diese führen aus, wie die Beurteilung von Schüler\_innen unter Bezugnahme auf die vorhandenen Schwächen durchzuführen ist, obwohl sich eine solche auch aus den einschlägigen Normen des Schulunterrichtsgesetzes (SchUG) und der Leistungsbeurteilungsverordnung (LBVO) ergibt. Dass es aber keines Nachweises einer Legasthenie/LRS bedarf, sondern schon die bloße Annahme durch Lehrpersonen genügt, um die Anwendung von nachteilsausgleichenden Beurteilungsformen zu ermöglichen, geht lediglich aus den entsprechenden Erlässen hervor und stellt die subjektiv betroffenen Personen vor die Schwierigkeit der Rechtsdurchsetzung. Der VwGH spricht bspw mehrfach aus, dass iFd Qualifikation eines Erlasses als VO keine verbindliche Rechtsquelle vorliegt und daher ein Bescheid, der sich allein auf so einen Erlass stützt, keine taugliche Rechtsgrundlage hat.<sup>14</sup>

### 3. Rechtsbereinigung

Aktuell werden im Zuge der Verwaltungsreduktion viele Erlässe aufgehoben (nicht nur vom BMBWF, auch der Stadtschulrat für Wien hat bspw im letzten Jahr ca 1.000 Erlässe aufgehoben). Da es sich bei den Adressat\_innen meistens um Pädagog\_innen handelt, die durchaus auch andere Aufgaben erfüllen müssen, als sich durch einen undurchsichtigen Erlassdschungel zu lesen, ist es an und für sich kein negatives Ansinnen, diesen für die Betroffenen etwas zu lichten.

### 4. Warum kann also gesagt werden, dass der Gleichstellungserlass obsolet<sup>15</sup> ist?

Aus rechtlicher Sicht hat in diesem Bereich in den 23 Jahren seit Ergehen des Grundsatz-erlasses eine Entwicklung stattgefunden, die durchaus positiv gesehen werden kann: Das Unterrichtsprinzip der Gleichstellung ist sukzessive in die Lehrpläne aller Schularten eingeflossen und bildet hier eine, in allen Gegenständen zu beachtende, Querschnittsmaterie.<sup>16</sup> Gemeinsam mit den anderen Unterrichtsprinzipien – Gesundheitserziehung, interkulturelles Lernen, Leseerziehung<sup>17</sup> Medienbildung, politische Bildung\*, Sexualpädago-

---

13 Vgl BMBWF RS 32/2001.

14 Vgl VwGH 2013/03/0081 v 23.08.2013 mwN.

15 Vgl FN 3.

16 Zum Unterrichtsprinzip „Erziehung zur Gleichstellung von Frauen und Männern“ vgl bildung.bmbwf.gv.at/schulen/unterricht/prinz/erziehung\_gleichstellung.html (18.9.2018).

17 Die Unterrichtsprinzipien „Leseerziehung“ und „politische Bildung“ werden ebenfalls nicht durch Grundsatz-erlässe konkretisiert; vgl bildung.bmbwf.gv.at/schulen/unterricht/prinz/index.html (18.9.2018).

gik, Umweltbildung, Verkehrserziehung, Wirtschaftserziehung und Verbraucher\_innenbildung – bilden diese eine Grundlage für den Unterricht. Pädagog\_innen, deren Arbeitsalltag immerhin maßgeblich vom anzuwendenden Lehrplan bestimmt wird, sind verpflichtet, diese Unterrichtsprinzipien zu beachten. Der Vorteil ist, dass die rechtliche Qualität von Lehrplänen als VO auch deutlich greifbarer ist, als jene von schulrechtlichen Erlässen (s o).

## 5. Wo ist das Problem?

Abgesehen von der eingangs angerissenen, generell problematischen, Umsetzung von Rechtssetzungsansinnen durch Erlässe, kann dennoch die Aufhebung eines politisch grundlegenden Erlasses im Kontext kritisiert werden.<sup>18</sup>

Es handelt sich bei der Aufhebung des Grundsaterlasses zum Unterrichtsprinzip „Erziehung zur Gleichstellung von Frauen und Männern“, wie besprochen, nicht um eine große rechtliche Veränderung, da dieses Unterrichtsprinzip weiterhin durch seine Verankerung in den Lehrplänen verpflichtend ist und ein neuer Erlass dazu in Aussicht gestellt wurde.<sup>19</sup> Das Problem liegt mE hier vielmehr in der Außenwirkung: die Angriffsfläche, die damit geboten wird, der Wert, der dem Thema zugeschrieben wird und auch das Entziehen einer Argumentationsgrundlage, die bisher bspw den Dienstvorgesetzten zur Verfügung stand, um bspw Lehrer\_innen zu motivieren.<sup>20</sup>

ME hat die Aufhebung dazu geführt, dass es eine Quelle weniger gibt, die das Thema behandelt und darauf hinweist, dass das Unterrichtsprinzip „Erziehung zur Gleichstellung von Frauen und Männern“ bindend ist. Da in diesem sensiblen Bereich jede Betonung und jedes Dazustehen und Fordern einen gesellschaftlichen Wert hat, ist die Aufhebung des Grundsaterlasses somit kein rechtliches, aber ein politisches Problem.

Es gab jedoch zumindest den Anstoß für eine parlamentarische Anfrage<sup>21</sup> der Bundesrätin *Dziedzic* an den Bildungsminister, die sich iZm der Aufhebung gleich mehreren Fragen der Gleichstellungspolitik des Ministeriums widmete. In der Beantwortung v 10.8.2018 durch den Minister wird für die Aufhebung des Erlasses argumentiert, indem festgehalten wird, dass das Unterrichtsprinzip mittlerweile in allen Lehrplänen verankert sei<sup>22</sup> und nach über 20 Jahren auch inhaltlich Überarbeitungsbedarf für den Erlass be-

18 Vgl *Hausbichler/Riss*, Regierung streicht Erlass zur Gleichstellung als Unterrichtsprinzip, *dieStandard* v 14.6.2018, [derstandard.at/2000081549479](http://derstandard.at/2000081549479) (18.9.2018).

19 Anfragebeantwortung v 10.8.2018, [parlament.gv.at/PAKT/VHG/BR/AB-BR/AB-BR\\_03261/imfname\\_706837.pdf](http://parlament.gv.at/PAKT/VHG/BR/AB-BR/AB-BR_03261/imfname_706837.pdf) (18.9.2018) ein neuer Erlass soll für Beginn des Schuljahres 18/19 erarbeitet werden.

20 Vgl *Brühl*, Unterrichtsprinzip Gleichstellung gestrichen: Was das bedeutet, *Kurier* v 15.6.2018, [kurier.at/wissen/unterrichtsprinzip-gleichstellung-gestrichen-was-das-bedeutet/400051199](http://kurier.at/wissen/unterrichtsprinzip-gleichstellung-gestrichen-was-das-bedeutet/400051199) (18.9.2018).

21 Anfrage v 12.6.2018, [parlament.gv.at/PAKT/VHG/BR/J-BR/J-BR\\_03536/imfname\\_698240.pdf](http://parlament.gv.at/PAKT/VHG/BR/J-BR/J-BR_03536/imfname_698240.pdf) (18.9.2018).

22 *BMBWF*, Genderkompetenz/Geschlechtergleichstellung: Lehrplanbezüge, [bildung.bmbwf.gv.at/schulen/unterricht/uek/gender\\_lp\\_25744.pdf?61ecjg](http://bildung.bmbwf.gv.at/schulen/unterricht/uek/gender_lp_25744.pdf?61ecjg) (18.9.2018).

stand – dies würde nun in Angriff genommen werden. Warum dies bisher nicht geschehen ist, wurde jedoch nicht mitgeteilt.<sup>23</sup>

Mag.<sup>a</sup> Nadine Hauptfeld, BA studierte Rechtswissenschaften und Fennistik an der Universität Wien und der Universität Zagreb. Sie war 2010–13 im bildungspolitischen Referat der ÖH Bundesvertretung und arbeitet als Schulrechtsjuristin im Stadtschulrat für Wien; nadine.hauptfeld@gmail.com

---

<sup>23</sup> Vgl. *Hausbichler*, Neuer Erlass zur Gleichstellung im Unterricht lässt auf sich warten, *dieStandard* v 14.9.2018, [derstandard.at/2000087285841/](https://www.derstandard.at/2000087285841/) (18.9.2018).

# Rechtsanpassung und Rechtsbereinigung

## Vom Nachbessern in der Legistik

Karin Neuwirth

---

### 1. Novellierungen, Anpassungen und ein Kuckucksei nachgereicht

Mit Juli 2017 bzw 2018 sind zwei gesellschafts- und gleichstellungspolitisch bedeutsame Gesetze in Kraft getreten: das HeimopferrentenG (HOG), das Betroffenen von zwischen 1945 und 1999 erlittener physischer, psychischer oder sexueller Gewalt in Erziehungs-, Pflege- oder Krankenanstalten eine bescheidene (Zusatz-)Rente als symbolische Anerkennung ihres Leides zuspricht, sowie das 2. ErwachsenenschutzG (2. ErwSchG), das, angestoßen durch die Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention, die Sachwalterschaft mit der gerichtlichen Erwachsenenvertretung ablöst sowie neue Formen der Vertretung anbietet. Beiden Gesetzen wurden im Frühsommer 2018 Änderungen bzw Anpassungen nachgereicht, die (rückwirkend) mit dem ursprünglichen Inkrafttreten der Basisnormen wirksam wurden.<sup>1</sup> Während das HOG und seine Novelle zur Erweiterung des Berechtigtenkreises als 5-Parteien-Initiativanträge eingebracht und einstimmig beschlossen wurden,<sup>2</sup> bestand bei den primär terminologischen Anpassungen sonstiger Materienbestimmungen an das 2. ErwSchG plötzlich Parteiendissens. Das 2017 nach einer Regierungsvorlage (SPÖ-ÖVP) einstimmig beschlossene 2. ErwSchG konnte hinsichtlich des Teils ErwSchAG BMASGK nur mehr mehrheitlich, gegen die Stimmen von SPÖ, Liste Pilz und fraktionsfreien Mandatar\_innen, angepasst bzw ergänzt werden.<sup>3</sup> Was war passiert? In Vorbereitung der von der Regierung geplanten Neuorganisation der Sozialversicherungen war die sog Kostenbremse im Sozialversicherungsbereich per Abänderungsantrag ins ErwSchAG BMASGK eingezogen worden.<sup>4</sup> Nicht die notwendigen Anpassungen, sondern die drohende finanzielle Aushöhlung der dem Sozial- und Gesundheitsressort unterstellten Bereiche war Grund für den parlamentarischen Eklat und überraschenden Dissens. Neben der Frage der Notwendigkeit einer etappenweisen Normerstellung stellte sich vermehrt jene nach der Unübersichtlichkeit des bestehenden Rechtsbestandes. Welche Auswirkungen haben Beschlüsse auf sonstige Materien, welche

---

1 HOG BGBl I 2017/69 u BGBl I 2018/49; 2. ErwSchG BGBl I 2017/59 u ErwSchAG-Justiz BGBl I 2018/58 bzw ErwSchAG BMASGK BGBl I 2018/59.

2 2155/A BlgNR 25. GP; 216/A BlgNR 26. GP.

3 Der Beschluss der Anpassungen für den Bereich Justiz erfolgte einstimmig.

4 RV 191 BlgNR 26. GP; AA-39 BlgNR 26. GP. Auch die im BR eingebrachten Anträge konnten keine Änderung der Beschlusslage mehr bewirken. Die sog Kostenbremse findet sich in § 716 Abs 2-7 ASVG.

Inhalte verstecken sich hinter welchen Gesetzesvorhaben? Werden gesetzssystematische Anpassungen plötzlich Ort grundlegender Umwürfe?

## 2. Methode, Zweck und unerwünschte Effekte einer Rechtsbereinigung

Rechtsbereinigung soll der Übersichtlichkeit und Verständlichkeit des geltenden Rechts, nicht aber der Änderung seiner Inhalte oder versteckten Neuordnungen dienen.<sup>5</sup> Ende der 1960er Jahren gab es erste Ansätze einer Rechtsbereinigung des österreichischen Bundesrechts.<sup>6</sup> Der Wunsch, wonach die „Rechtsordnung so zu präsentieren ist, daß der Normadressat mit zumutbarem Aufwand“<sup>7</sup> Bestimmungen auffinden kann, mag seit Einführung des RIS<sup>8</sup> als erfüllt gelten,<sup>9</sup> der ebendort getroffene Hinweis auf das oftmals notwendige „Puzzlespiel“ bei der Lokalisierung aller anwendbaren Normen in unterschiedlichen Gesetzen hat aber immer noch Gültigkeit.<sup>10</sup> Das Erste Bundesrechtsbereinigungsgesetz<sup>11</sup> diente der Aufhebung von „überflüssig gewordenem Rechtsbestand“<sup>12</sup> und setzte bei allen vor dem 1.1.1946 kundgemachten Normen und ihrer Aufhebung per 1.1.2000 an. Alle älteren Normen, die weiterhin in Geltung bleiben sollten, wurden im Anhang zum 1. BRBG angeführt und blieben in ihrer Fassung vom 31.12.1999 aufrecht (ca 300). Zur Lückenvermeidung wurde die Gültigkeit von Verweisen (in weitergeltenden Normen) auf aufgehobene Vorschriften angeordnet – eine unschöne Lösung. Auch das 2018 beschlossene 2. BRBG folgt den gleichen Logiken und hebt alle nicht in der Anlage (ca 2.500) aufgezählten, vor dem 1.1.2000 kundgemachten Gesetze und Verordnungen (ebenfalls ca 2.500) per Jahresende auf.<sup>13</sup>

Unter dem Schlagwort der Rechtsbereinigung wurden jedoch nicht nur Komplettaufhebungen diskutiert,<sup>14</sup> sondern Streichungen von einzelnen Normen bzw Normteilen<sup>15</sup> oder

---

5 Umfassend *Riener-Hofer*, Rechtsbereinigung und ihre Entwicklung in Österreich (2001) 39ff.

6 Verfassungsbestimmungen und Staatsverträge sollten eigenen Projekten vorbehalten bleiben. Vgl *Schäfer*, Konzept einer Rechtsbereinigung, *SozSi* 1979, 117.

7 *Hoffmann*, Rechtsbereinigung in Österreich, *AnwBl* 1995, 83.

8 Rechtsinformationssystem des Bundes.

9 Auch die Forderung nach mehr Wiederverlautbarungen von Gesetzen, um die durch Novellierungen geschaffene Unübersichtlichkeit zu vermeiden, scheint dank der Funktionen des RIS als überholt. Dazu etwa *Kotschy/Barfuß*, Kodifikation und Wiederverlautbarung, *ÖJZ* 1995, 898.

10 Als Rechtshistorikerin irritiert mich die Suche nach einzelnen Rechtsschichten vermutlich weniger als sonstige Normanwender\_innen, jedoch stellt das Verstecken von Norminhalten hinter wenig griffigen Gesetzesbezeichnungen oder in gänzlich anderen Themen gewidmeten Gesetzen sowohl für die Vergangenheit als auch die aktuelle Rechtskunde ein Problem dar.

11 BGBl I 1999/191.

12 *Riener-Hofer*, Das Erste Bundesrechtsbereinigungsgesetz – 1. BRBG, *JAP* 1999/2000, 185.

13 Zweites Bundesrechtsbereinigungsgesetz, BGBl I 2018/61. Zu weiteren Ausnahmen siehe §§ 1 u 2 2. BRBG.

14 Vgl *Bußjäger/Lachmayer* (Hrsg), Rechtsbereinigung und Landesrechtsdokumentation (2001).

15 Die bloße Streichung von Teilen des § 44 ABGB hätte die Ehe für alle bereits seit Langem realisieren können und nicht nur Diskriminierungsfreiheit hergestellt, sondern endlich auch kirchenrechtliche Prinzipien aus dem säkularen Ehe-recht herausgenommen. Vgl zum Vorgängerentwurf des EPG *Hassanin-Mayer*, Fünf Wörter und ein Beistrich zur Streichung aus dem ABGB: die einfachere Alternative zum Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG), *RZ* 2009, 184.

die Beseitigung formeller historischer Altlasten.<sup>16</sup> Auch die Vereinheitlichung mehr oder weniger paralleler Regelungen kann als Rechtsbereinigung gesehen werden: So steht aktuell die Zusammenfassung und Bündelung von Gesetzen des Sozialversicherungsrechts (zB ASVG, GSVG, BSVG, FSVG, B-KUG, NVG) zur durchaus kontroversen Debatte.<sup>17</sup> Die Beseitigung von Parallelnormen für unterschiedliche Gruppen von Versicherten sowie eine Begriffsbereinigung innerhalb des durch zahllose Novellen adaptierten ASVG (plus paralleler Regelungen) ist sicherlich sinnvoll und wünschenswert. Fraglich bleibt aber, ob ein derartiger Beschluss ein rein gesetzestechnischer oder doch einer mit Erschütterungen wäre. „Was einer Rechtsbereinigung aber immer wieder entgegensteht, sind die Motive, die damit verbunden sind.“<sup>18</sup> Nicht nur Rechtsbereinigungen, sondern auch Nachbesserungen aller Art sollten ohne Überraschungen auskommen; besser noch: Gesetze sollten wohlgedacht und hinsichtlich ihrer Folgen vor ihrer Beschlussfassung ausreichend und von allen Seiten begutachtet sein.

Dr.<sup>in</sup> Karin Neuwirth ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Legal Gender Studies der JKU Linz und forscht zu rechtshistorischen und geschlechterspezifischen Fragestellungen; karin.neuwirth@jku.at

---

16 Etwa *Olechowski*, Recht von Unterschrift Adolf Hitlers bereinigen, Die Presse 6.3.2018, der aber gleichzeitig vor der Aufhebung historischer Normen in Bausch und Bogen warnt.

17 *Glück/Soubrada/Zach*, Mehr Effizienz durch weniger Parallelgesetzgebung in den Sozialversicherungsgesetzen, SozSi 2017, 464 sowie die Replik und Stellungnahme dazu *Soubrada/Glück/Jilke*, Diskussion zum Artikel „Mehr Effizienz durch weniger Parallelgesetzgebung in den Sozialversicherungsgesetzen“, SozSi 2018, 161. Ihre Forderungen wiederholend *Glück/Soubrada*, Parallelgesetze schaffen Mehraufwand, Die Presse 7.4.2018.

18 *Soubrada/Glück/Jilke*, SozSi 2018, 161.

# Gleichbehandlung in der Plattformökonomie

Ein weiterer Baustein für faire Arbeitsbedingungen für CrowdworkerInnen

Martin Risak / Michael Gogola

---

## 1. Grundsätzliches zu Crowdwork und Plattformarbeit

Beim Crowdsourcing von Arbeit (dem *Crowdwork*) werden Tätigkeiten, die ursprünglich durch einzelne VertragspartnerInnen, idR ArbeitnehmerInnen, erbracht wurden, in der Form „ausgelagert“ (*outgesourced*), dass sie einer größeren Anzahl von Personen (der *Crowd*) über eine internetbasierte Plattform angeboten und von diesen dann abgearbeitet werden. Dieser Vorgang wird als *Crowdsourcing* bezeichnet, die AuftraggeberInnen als *CrowdsourcerInnen* für welche die *CrowdworkerInnen* bzw Plattformbeschäftigten Leistungen erbringen. Diese treten jedoch zumeist nicht direkt miteinander in Kontakt, das Verhältnis zwischen ihnen wird vielmehr über eine Intermediärin, die sogenannte Plattform, mittelbar abgewickelt. Da diese Plattformen eine zentrale Rolle bei dieser Art der Arbeitsorganisation einnehmen, wird auch von Plattformökonomie bzw Plattformarbeit gesprochen: Es geht dabei um das Dreieck aus den AnbieterInnen von Dienstleistungen (den Plattformbeschäftigten), den LeistungsempfängerInnen (den KundInnen) und den Plattformen, die sich selbst in der Regel als reine Vermittlungsinstanz definieren.<sup>1</sup> Letztere Annahme ist jedoch oft zweifelhaft, da in vielen Fällen ein direktes Arbeitsverhältnis zwischen den Plattformbeschäftigten und den Plattformen vorliegt.<sup>2</sup>

In der Plattformwirtschaft werden sehr unterschiedliche Dienstleistungen erbracht: Am bekanntesten ist wohl die Transportdienstleistungsplattform *Uber*, die in Ö ausschließlich in Wien operiert und hier va im Zusammenhang mit dem Gewerberecht sehr kontrovers diskutiert wird.<sup>3</sup> Die Plattformökonomie ist aber viel diverser als die hauptsächlich auf *Uber* konzentrierte mediale Diskussion vermuten lässt: Die zum *Amazon*-Imperium gehörende Plattform *Mechanical Turk* organisiert Kleinstdienstleistungen, die online zu erledigen sind, wie zB das Verfassen kurzer Texte oder die Transkription von gescannten Rechnungen. Wohnungsreinigungen werden ebenso über Plattformen organisiert wie Handwerksleistungen (so zB über *myhammer.at*) oder Büroarbeiten (*upwork*).

---

1 Dazu Risak, Gig-Economy und Crowdwork – was ist das?, in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 16 mwN.

2 Vgl Risak, (Arbeits-)Rechtliche Aspekte der Gig-Economy, in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 45 mwN.

3 Dazu Balla, Transportdienstleistungen: Uber, in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 106 mwN; sowie EuGH 20.12.2017, C-434/15, *Elite Taxi*, ECLI:EU:C:2017:981.

com).<sup>4</sup> Zahlreiche AutorInnen haben mit unterschiedlicher Terminologie versucht, eine Typologie der Plattformen zu entwickeln, wobei in der Regel zwischen ortsunabhängigem virtuellem *Cloudwork* und ortsgebundenem *Gigwork* unterschieden wird.<sup>5</sup> All diesen Geschäftsmodellen liegt die Idee zu Grunde, das Risiko von Unterauslastung und unproduktiven Zeiten auf die Arbeitenden zu verlagern, während gleichzeitig die volle Kontrolle über den Arbeitsprozess beibehalten werden soll. Damit sollen sowohl die Transaktionskosten als auch die Entgelte niedrig gehalten und dennoch eine möglichst zeitnahe Erledigung ohne Qualitätsprobleme sichergestellt werden. Um diese auf den ersten Blick widersprüchlichen Ziele zu erreichen, muss einerseits die Crowd, dh die registrierten Plattformbeschäftigten, relativ groß und va aktiv sein, damit immer Personen in ausreichender Anzahl zur Verfügung stehen, wenn diese gebraucht werden. Andererseits – und das ist insb für die gleichbehandlungsrechtliche Problematik wichtig – bedienen sich Plattformen der sogenannten *digitalen Reputation* zur Auswahl und Kontrolle der Plattformbeschäftigten: Sie erhalten als Bewertung ihrer Leistung Punkte, Sterne oder ähnliche Symbole durch die LeistungsempfängerInnen, nachdem sie einen Auftrag ausgeführt haben. Damit wird auch sichergestellt, dass die Plattformbeschäftigten so arbeiten, wie in einer langfristigen Arbeitsbeziehung. Auch wenn der einzelne Arbeitsauftrag eine punktuelle Leistung für eineN LeistungsempfängerIn darstellt, bewirkt das Reputationssystem zugleich auch, dass sich dessen Ergebnis – oder besser: die Bewertung desselben – auf die zukünftigen Erwerbsmöglichkeiten massiv auswirkt.<sup>6</sup>

## 2. Gleichbehandlungsrechtliche Aspekte der Plattformarbeit

Die derzeit am häufigsten in diesem Zusammenhang diskutierte arbeitsrechtliche Frage ist jene nach dem Status der Plattformbeschäftigten, dh die Frage, ob diese ArbeitnehmerInnen sind und wenn ja, wer ihrE VertragspartnerIn ist.<sup>7</sup> Einen noch wenig untersuchten Aspekt in Bezug auf plattformbasierte Arbeit bildet die rechtliche Behandlung von Diskriminierungen von Plattformbeschäftigten<sup>8</sup>, der dieser Beitrag gewidmet ist. Dabei steht die Frage der Anwendung des Gleichbehandlungsgesetzes<sup>9</sup> (GIBG) im Vordergrund. Dieses weist bekanntlich die Besonderheit auf, dass es nicht nur auf Arbeit-

4 Siehe dazu ausführlich *Prassl*, *Humans as a Service* (2018).

5 Einen guten Überblick bietet *F. Schmidt*, *Arbeitsmärkte in der Plattformökonomie – Zur Funktionsweise und den Herausforderungen von Crowdwork und Gigwork* (2017) 5.

6 Dazu ausführlich *Risak*, in *Lutz/Risak*, *Arbeit in der Gig-Economy* 22.

7 Siehe zum Diskussionstand zB *Waas*, *Crowdwork in Germany*, in *Waas/Liebman/Lyubarsky/Kezuka*, *Crowdwork – A Comparative Perspektive* (2017) 146; *Prassl/Risak*, *Uber, Taskrabbit, and Co. – platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork*, *Comp. Labor Law & Policy Journal* Vol. 37 (2016) 619; zur Lösungsansätzen siehe insb *Risak*, *Fair Working Conditions for Platform Workers – Possible Regulatory Approaches at the EU Level* (2018).

8 Dass insb strukturelle Diskriminierung eine reale Problematik in der Plattformwirtschaft darstellt zeigen zB *Adams/Berg*, *When Home Affects Pay: An Analysis of the Gender Pay Gap Among Crowdworkers*, verfügbar auf SSRN: [ssrn.com/abstract=304871](https://ssrn.com/abstract=304871).

9 Bundesgesetz über die Gleichbehandlung (Gleichbehandlungsgesetz – GIBG), BGBl I 2004/66 idF BGBl I 2017/40.

nehmerInnen, sondern nach § 1 Abs 3 Z 2 bzw § 16 Abs 3 Z 2 GIBG auch auf arbeitnehmerInnenähnliche Personen Anwendung finden soll. Dabei handelt es sich nach der dort enthaltenen Legaldefinition um „Personen, die, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wegen wirtschaftlicher Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnlich anzusehen sind“. Es ist in der österr Lehre wohl unbestritten, dass in den meisten Konstellationen der Plattformarbeit zumindest die Eigenschaft als arbeitnehmerInnenähnliche Person vorliegen wird<sup>10</sup> und dass Plattformbeschäftigte somit idR in den persönlichen Geltungsbereich des GIBG fallen. Das wichtigste Merkmal der ArbeitnehmerInnenähnlichkeit bildet die wirtschaftliche Abhängigkeit des/der Dienstleistlers/in von einem/einer einzigen oder wenigen AuftraggeberInnen.<sup>11</sup> Diese liegt im Rahmen der Plattformökonomie regelmäßig vor; oftmals wird die Arbeit auch in persönlicher Abhängigkeit erbracht, weshalb vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses auszugehen ist. Im Detail ergeben sich jedoch auf Grund der besonderen Form der Arbeitsorganisation in der Plattformwirtschaft zahlreiche Probleme bei der Anwendung des GIBG. In diesem Beitrag sollen folgende plattformarbeitspezifische Problembereiche angesprochen werden.

Eine besondere Herausforderung stellt angesichts der grundsätzlichen Orientierung des GIBG auf ein traditionell-zweipersonales Arbeitsverhältnis, bei der die ArbeitgeberInnen grds die NormadressatInnen sind, die für die Plattformökonomie charakteristische Mehrpersonalität der Vertragsverhältnisse dar. Es stellt sich daher die Frage, wer bei Plattformarbeits-Konstellationen überhaupt die AdressatInnen der gleichbehandlungsrechtlichen Normen sind: die Plattform und/oder der/die LeistungsempfängerIn?

Von besonderer Bedeutung im Gleichbehandlungskontext ist weiters die Diskriminierung auf Grund des Einsatzes von digitalen Bewertungssystemen (den *Ratings*), mithilfe derer KundInnen die Qualität der Dienstleistungserbringung bewerten können. Diese stellen dann für andere potenzielle LeistungsempfängerInnen ein wichtiges Auswahlkriterium dar, welcheN PlattformbeschäftigteN sie für die Leistungserbringung auswählen sollen bzw macht ihnen die Plattform auf Basis vorab programmierter Algorithmen, die auch auf die Ratings zurückgreifen, Vorschläge. Ein diskriminierendes Rating hat daher über den Anlassfall hinaus mitunter massive Auswirkungen auf zukünftige Erwerbchancen der Plattformbeschäftigten.

Zur Behandlung dieser beiden Problembereiche werden zwei Konstellationen voneinander unterschieden und nacheinander behandelt: Diskriminierungen durch eine Plattform (Pkt 3) und Diskriminierungen durch LeistungsempfängerInnen (Pkt 4).

---

<sup>10</sup> So *Karl*, Plattformen als Verbindung zwischen Arbeitenden und Leistungsempfängern, in *Tomandl/Risak*, Wie bewältigt das Recht moderne Formen der Arbeit? (2017) 85 (95).

<sup>11</sup> *Rebhahn* in *ZellKomm*<sup>3</sup> § 1151 ABGB Rz 125.

### 3. Diskriminierung durch Plattformen

#### 3.1. Plattformscheidungen auf Basis von Ratings

Die Mehrpersonalität der Vertragsverhältnisse in der Plattformökonomie drückt sich schon in der starken Stellung der KundInnen im Hinblick auf mögliche Diskriminierungen insb bei der Beendigung des Vertragsverhältnisses zwischen Plattformbeschäftigten und den Plattformen aus: KundInnen bewerten die Qualität der erbrachten Leistungen mithilfe von Ratings, wobei idR Punkte oder Sterne vergeben werden und der Bewertungsvorgang somit nicht sehr differenziert ist. Er ist zumeist mit einem einzigen oder sehr wenigen Klicks auf der benutzen App abgeschlossen. Dahinter steht wohl der Wunsch nach möglichst großer Verständlichkeit und rascher Durchführbarkeit. Plattformen stützen sich dann in der Folge massiv auf diese ausgelagerte Form der Leistungskontrolle und ziehen daraus Konsequenzen bis hin zur Sanktionierung der Plattformbeschäftigten bei Unterschreitung eines Rating-Mindestniveaus. So verlangt etwa *Uber* von seinen LenkerInnen, dauerhaft ein bestimmtes Rating-Niveau zu übertreffen, andernfalls wird mit temporären Sperren oder gar einem Ausschluss von der Plattform reagiert.<sup>12</sup> Vergeben KundInnen niedrige Bewertungen, ist jedoch nicht auszuschließen, dass dahinter das Motiv der Missbilligung eines durch das GIBG geschützten Merkmals (etwa Geschlecht, ethnische Zugehörigkeit oder Religion), das der/die Plattformbeschäftigte aufweist, steht. So könnten bspw Personen mit dunkler Hautfarbe aus diesem Grund ein niedriges Rating erhalten.

Fraglich ist, wie es nun rechtlich zu qualifizieren ist, wenn ein von KundInnen in diskriminierender Weise vergebenes Rating von der Plattform unkritisch übernommen wird. Beendet die Plattform zB das Vertragsverhältnis mit ihren Plattformbeschäftigten infolge schlechter Ratings, die von den KundInnen aus verpönten Motiven vorgenommen wurden, liegt dann eine Diskriminierung durch die Plattform vor? Wichtig ist diese Frage insb, da Plattformen idR die Motivation der KundInnen für die Vergabe eines niedrigen Ratings nicht kennen und aufgrund der bereits beschriebenen extrem reduzierten Form der Ratings zumeist auch nicht erkennen können.

Der Begriff der Diskriminierung ist nach hA folgenorientiert zu betrachten, es kommt also auf die Auswirkungen an. Das Vorliegen einer Diskriminierung ist allein objektiv zu bestimmen, wobei es auf eine Benachteiligungsabsicht oder einen über die Ungleichbehandlung hinausgehenden Schaden nicht ankommt. Auch Fahrlässigkeit ist nicht erforderlich; es kann also selbst dann eine Diskriminierung vorliegen, wenn ArbeitgeberInnen die Diskriminierung bei gebotener Sorgfalt nicht hätten erkennen können. Für Diskriminierungen haften sie daher verschuldensunabhängig und es trifft sie eine Erfolgspflicht. Zwar unterscheidet sich die Idee einer derartigen verschuldensunabhängigen

12 Dazu *Balla*, in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 110f; sowie zur österreichischen Praxis *Bauer*, Viel Motivation, wenig Lohn: Ein Wiener Uber-Fahrer packt aus, *Kurier Online*, [kurier.at/chronik/wien/viel-motivation-wenig-lohn-ein-wiener-uber-fahrer-packt-aus/240.320.903](http://kurier.at/chronik/wien/viel-motivation-wenig-lohn-ein-wiener-uber-fahrer-packt-aus/240.320.903) (25.8.2018).

Haftung deutlich vom Schadenersatzrecht des österr Zivilrechts, dennoch ist iSd der Rsp des EuGH<sup>13</sup> von ihrem Bestehen auszugehen.

Daraus ist im Hinblick auf die dreipersonalen Verhältnisse der Plattformökonomie abzuleiten, dass die Kündigung von Plattformbeschäftigten in jenen Fällen als Diskriminierung anzusehen sein wird, in denen die Plattform sich ohne nähere Prüfung der Hintergründe ihres Zustandekommens auf KundInnenratings stützt und diese (niedrigen) Ratings aufgrund der durch das GIBG geschützten Eigenschaft von Plattformbeschäftigten als TrägerInnen eines geschützten Merkmals zustande gekommen sind. Ob die Plattform von den Hintergründen der niedrigen Ratings von bestimmten Plattformbeschäftigten wusste oder nicht, spielt aufgrund der verschuldensunabhängigen Haftung keine Rolle. Aus diesem Grund könnten sich bei derartigen Konstellationen grds Schadenersatzansprüche gegen die Plattform ergeben.

### 3.1.1. Unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung?

Für die Frage einer allfälligen Rechtfertigung einer Schlechterbehandlung durch die Plattform ist relevant, ob eine Diskriminierung, die die Folge davon ist, dass sich eine Plattform bei ihren Personalentscheidungen auf Ratings stützt, eine unmittelbare oder eine mittelbare Diskriminierung darstellt, da bei zweiterer erweiterte Rechtfertigungsmöglichkeiten bestehen.

Eine unmittelbare Diskriminierung liegt nach § 5 Abs 1 bzw § 19 Abs 1 GIBG dann vor, wenn eine Person aufgrund eines bestimmten geschützten Merkmals (wie etwa der ethnischen Zugehörigkeit) eine ungünstigere Behandlung erfährt als eine andere Person in vergleichbarer Lage erfährt, erfahren hat oder erfahren würde, wobei im Vergleich mit früheren Beschäftigten oder überhaupt mit einer hypothetischen Vergleichsperson ebenfalls eine unmittelbare Diskriminierung vorliegen kann.<sup>14</sup> Der Begriff der mittelbaren Diskriminierungen bezeichnet hingegen Differenzierungen nach an sich neutralen Merkmalen, die sich jedoch im Ergebnis überwiegend für bestimmte Personengruppen in nachteiliger Weise auswirken (§ 5 Abs 2 bzw § 19 Abs 2 GIBG).<sup>15</sup> Die mittelbare Diskriminierung kann in einer statistischen Benachteiligung bestehen, wenn also etwa eine an sich geschlechtsneutral formulierte Regelung tatsächlich mehr Frauen als Männer benachteiligt<sup>16</sup> oder eine Maßnahme bloß geeignet ist, sich nachteilig auf eine bestimmte Personengruppe auszuwirken, weshalb oftmals die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse zu betrachten sein werden.<sup>17</sup> Besteht keine statistische Benachteiligung, so kann eine Person dennoch in besonderer Weise benachteiligt werden, wenn das problematische Kri-

13 EuGH 8.11.1990, C-177/88, *Dekker*, ECLI:EU:C:1990:383; EuGH 22.4.1997, C-180/95, *Draehmpaehl*, ECLI:EU:C:1997:208; siehe auch *Kozak*, Aktuelle Fragen der Gleichbehandlung, in *Brodil*, 20 Jahre EU-Beitritt (2016) 1 (8).

14 Siehe auch *Kietaibl*, Arbeitsrecht I<sup>10</sup> 361; *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*<sup>3</sup> § 5 GIBG Rz 2.

15 *Kietaibl*, Arbeitsrecht I<sup>10</sup> 364.

16 *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG § 5 Rz 32; *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*<sup>3</sup> § 5 GIBG Rz 5.

17 *Kietaibl*, Arbeitsrecht I<sup>10</sup> 365; *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*<sup>3</sup> § 5 GIBG Rz 5.

terium in hohem Ausmaß mit der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe wie dem Geschlecht korreliert, wie etwa im Hinblick auf Körperkraft und Geschlecht.<sup>18</sup>

Bei einer Ungleichbehandlung durch das unkritische Zugrundelegen von KundInnen-Ratings handelt es sich somit uE nicht um eine unmittelbare Diskriminierung, da von der Plattform nicht direkt an einem besonders geschützten Merkmal der betroffenen Personen angeknüpft wird, sondern an einem scheinbar neutralen Merkmal, nämlich dem Durchschnitt vieler einzelner Bewertungen. Es ist jedoch davon auszugehen, dass sich eine solche Betrachtungsweise für die TrägerInnen geschützter Merkmale in besonders nachteiliger Weise auswirkt. Gerade in derartigen Konstellationen ist festzustellen, dass eine schlechte Bewertung bzw ein entsprechendes Bewertungsmuster auch in allg bestehenden gesellschaftlichen Ungleichheiten und bisweilen unbewussten Stereotypen begründet sein kann. Gerade Durchschnittsbewertungen können derartige Muster struktureller Diskriminierung zum Ausdruck bringen. Dass sich das Zugrundelegen von Ratings zur Vornahme von Sanktionsmaßnahmen für bestimmte Personengruppen auf Grund gesellschaftlich, zT auch unbewusst, vorherrschender Stereotype und Vorbehalte bestimmten Gruppen gegenüber potenziell nachteiliger auswirken kann als für andere, ist daher uE als Ansatzpunkt für die Argumentation einer mittelbaren Benachteiligung anzusehen.

### 3.1.2. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung?

Im Unterschied zu unmittelbaren Diskriminierungen können mittelbare Ungleichbehandlungen grundsätzlich leichter gerechtfertigt werden. Das GIBG verlangt dafür eine echte Erforderlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsprüfung iSe Abwägung zwischen Gleichbehandlungsinteressen und dem Zweck der benachteiligenden Regelung. Zur objektiven Rechtfertigung einer Benachteiligung ist wesentlich, dass ein legitimer Zweck verfolgt wird und die eingesetzten Mittel zur Zielerreichung geeignet und erforderlich sind (so § 5 Abs 2 bzw § 19 Abs 2 GIBG).<sup>19</sup>

Im Hinblick auf die mögliche Rechtfertigung einer mittelbaren Ungleichbehandlung in der Plattformökonomie besteht wohl ein Interesse der Plattformen an der Zufriedenheit der KundInnen mit der Dienstleistungserbringung und einer darauf reagierenden Personalpolitik. Dies kann grds einen legitimen Zweck für die Heranziehung von KundInnenratings für zukünftige Auftragsvergaben bzw auch die Sanktionierung von schlechten Ratings darstellen. Soll es aber bloß darum gehen, die KundInnenzufriedenheit zu messen, bestünden auch andere Möglichkeiten als der Einsatz von äußerst reduzierten Ratingssystemen. Hier ist insb an differenzierendere Feedback-Systeme zu denken, die auch Vorkehrungen dafür treffen, dass diskriminierende Bewertungen hingehalten werden.

---

<sup>18</sup> *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG § 5 Rz 40f.

<sup>19</sup> Dazu *Windisch-Graetz*, in *ZellKomm*<sup>3</sup> § 9 GIBG Rz 9.

So könnten etwa mehrere Fragen zu unterschiedlichen Aspekten der Dienstleistungserbringung gestellt werden. Dies ist freilich aufwändiger, womit die Frage der Verhältnismäßigkeit angesprochen ist. Da aber bei der Begründung von Personalentscheidungen hauptsächlich oder gar ausschließlich mit Ergebnissen eines undifferenzierten Rating-Systems die Interessen der Plattformbeschäftigten nicht einmal ansatzweise berücksichtigt werden, fehlt es uE an der Verhältnismäßigkeit. Dies ist auch darauf zurückzuführen, dass den Plattformbeschäftigten in der Regel keine Möglichkeiten offenstehen, ein schlechtes Rating zu hinterfragen und allenfalls richtigstellen zu lassen.<sup>20</sup>

### 3.1.3. Ergebnis

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass eine Begründung von Plattformbeschäftigte betreffenden Entscheidungen von Plattformen auf Basis von idR undifferenzierten KundInnen-Ratings gleichbehandlungsrechtlich problematisch ist. Es ist Aufgabe der Plattformen, diese Ratings in angemessener Form zu überprüfen und insb festzustellen, ob sich daraus strukturelle Ungleichbehandlungen ableiten lassen. So zB weil sich herausstellt, dass jene Beschäftigten, die TrägerInnen geschützter Merkmale sind (zB Personen mit religiös motivierter Bekleidung), von den KundInnen systematisch niedriger bewertet werden als jene Beschäftigten ohne (sichtbare) Merkmale. Dem kann durch die Einführung zusätzlicher Kontrollmechanismen, die auf strukturelle Ungleichbehandlung von Plattformbeschäftigten mit geschützten Merkmalen gerade durch die Heranziehung von durchschnittlichen Bewertungen reagieren, ebenso vorgebeugt werden, wie durch ein differenzierteres Bewertungssystem und/oder die Möglichkeit der Richtigstellung unrichtiger Ratings.

## 3.2. Sind Ratings schon als solche diskriminierend?

Über die soeben angestellten Überlegungen hinaus ist fraglich, ob nicht bereits der Einsatz derartiger undifferenzierter Rating-Systeme *per se* potenziell einen Akt mittelbarer Diskriminierung darstellt. So besteht dadurch nämlich die Gefahr, dass Angehörige bestimmter Personengruppen auf Grund von vorherrschenden Vorurteilen und Stereotypen grds und in größerem Umfang schlechtere Bewertungen erhalten und daher in besonderer Weise die daraus resultierenden Folgen tragen müssten, als dies bei Angehörigen einer privilegierten Gruppe der Fall wäre. Dass Diskriminierungen auch in der Plattformökonomie stattfinden, belegt auch eine gestiegene mediale Aufmerksamkeit in Bezug auf das Thema.<sup>21</sup>

---

20 Zu Vorschlägen wie darauf legislatisch reagiert werden kann siehe *Risak*, Fair Working Conditions for Plattform Workers (2018) 15.

21 So zB *Uber*: 1,9 Millionen Dollar Entschädigung für sexuelle Belästigung, [futurezone.at/digital-life/uber-19-millionen-dollar-entschaedigung-fuer-sexuelle-belaestigung/400096676](https://futurezone.at/digital-life/uber-19-millionen-dollar-entschaedigung-fuer-sexuelle-belaestigung/400096676) (24.8.2018).

Gerade die derzeit vielfach in Verwendung stehenden undifferenzierten Rating-Systeme bergen die Möglichkeiten zu strukturellen Diskriminierungen. Die stark reduzierte Form der Beurteilung kann nämlich dazu führen, dass bestehende gesellschaftliche Ungleichheiten und Vorurteile bei der Abgabe von Ratings reproduziert werden, ohne dass das im Einzelfall individuell nachvollziehbar wäre. Erst ein systematischer Vergleich vieler abgegebener Ratings könnte dann zeigen, ob jene Personen, die TrägerInnen bestimmter geschützter Merkmale sind, tatsächlich niedrigere Ratings erhalten als solche Personen ohne diese Merkmale. Kritikwürdig erscheint außerdem, dass die Plattformen, indem sie die Aufgabe der Bewertung auf die KundInnen abwälzen, die Vielfalt der möglichen Motive hinter den abgegebenen Ratings und somit auch die Möglichkeit, dass bewusst niedrige Ratings mit diskriminierender Intention abgegeben werden, völlig ausblenden. Da sie bestehende strukturelle Diskriminierungen perpetuieren können, bringen undifferenzierte, auf eine bestimmte Sternenzahl reduzierte Ratingssysteme zumindest das Risiko mit sich, schon als Gesamtsystem als mittelbar diskriminierend qualifiziert zu werden. Diesfalls müssten Plattformbeschäftigte „nur“ die grds bestehende strukturelle Diskriminierung glaubhaft machen<sup>22</sup>, um eine mittelbare Diskriminierung durch Ratingssysteme geltend machen zu können.

#### 4. Diskriminierung durch KundInnen

##### 4.1. Wer ist AdressatIn der Gleichbehandlungspflichten?

Eine andere Problemstellung ergibt sich in jenen Fällen, in denen eine diskriminierende Handlung den Plattformbeschäftigten gegenüber nicht durch die Plattform selbst, sondern durch die LeistungsempfängerInnen bzw KundInnen vorgenommen wird.

NormadressatInnen des GIBG sind grundsätzlich ArbeitgeberInnen bzw die VertragspartnerInnen arbeitnehmerInnenähnlicher Personen im Hinblick auf die ihnen zurechenbaren Rechtsgeschäfte, Einzelmaßnahmen und kollektiven Maßnahmen sowie auch faktischen Handlungen, wie etwa Kontrollmaßnahmen. Ist eine juristische Person Arbeitgeberin, gelten die Diskriminierungsverbote des GIBG jedenfalls für die vertretungsbefugten Organe der juristischen Person.<sup>23</sup> § 3 bzw § 17 GIBG gilt grundsätzlich auch für das Verhalten von dem/der ArbeitgeberIn zuzurechnenden Personen.<sup>24</sup> Lediglich die Tatbestände der Belästigung bzw der sexuellen Belästigung richten sich unmittelbar an den/die BelästigerIn, der/die nicht mit dem/der ArbeitgeberIn ident sein muss.

Dass die Plattformbeschäftigten infolge einer (sexuellen) Belästigung durch KundInnen Schadenersatzansprüche gegen diese richten können, liegt somit auf der Hand. Fraglich ist jedoch, ob daneben auch Ansprüche gegenüber den Plattformen bzw ihren Betreib-

22 Beweismaß nach § 12 Abs 12 bzw § 26 Abs 12 GIBG.

23 OGH 9 Ob A 18/18z, ZAS 2009/45 (*Krömer*) iZm einer Belästigung.

24 OGH 9 Ob A 118/11k, DRdA 2013/7 (*K. Mayr*).

erInnen bestehen könnten, da diese gem der §§ 6 Abs 1 Z 2, 7 Abs 1 Z 2 bzw 21 Abs 1 Z 2 GIBG in ihrer Rolle als ArbeitgeberInnen bei Vorliegen einer Belästigung durch Dritte die sich aus der Fürsorgepflicht ergebende Pflicht zur Schaffung *angemessener Abhilfe* trifft.

Unter angemessener Abhilfe ist eine solche zu verstehen, die geeignet ist, die betroffene Person vor weiteren Belästigungen zu schützen, damit noch andauernde Belästigungen unterbrochen werden und dafür Sorge getragen wird, dass es in Zukunft zu keinen Belästigungen mehr kommt.<sup>25</sup> Jedoch können ArbeitgeberInnen nur dann zur Abhilfe verpflichtet sein, wenn sie von der Belästigung wussten oder hätten wissen müssen. Zur Haftung kommt es also nur, wenn das Schaffen angemessener Abhilfe schuldhaft unterlassen wird.<sup>26</sup> Die Plattform als Arbeitgeberin muss somit unverzüglich einschreiten, um die betroffene Person vor weiteren Belästigungen zu schützen, aber auch, um sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, nicht für geeignete Abhilfe gesorgt zu haben. Eine wirkungsvolle Maßnahme um Plattformbeschäftigte vor weiteren Belästigungen zu schützen, liegt insb in der Verhinderung weiteren beruflichen Kontakts zwischen BelästigerIn und belästigter Person.

#### 4.2. Abhilfe bei Einsatz von Algorithmen

Im Rahmen der plattformbasierten Leistungserbringung wird die Zuteilung von einzelnen Plattformbeschäftigten an konkrete KundInnen vielfach automatisch durch vorab programmierte Algorithmen vorgenommen. Diese verknüpfen die eingeloggt und bereitstehenden Plattformbeschäftigten mit KundInnen, die eine Leistung anfordern, nach bestimmten Kriterien wie der geografischen Nähe oder auch der Ratings und bestimmter Vorerfahrungen zueinander.

Plattformen, die derartige Algorithmen einsetzen, hätten bei Bekanntwerden einer Belästigung dafür zu sorgen, dass ein nochmaliges Zusammentreffen von BelästigerIn und betroffener Person verhindert wird und müssten ihre Algorithmen entsprechend anpassen. Wird darauf verzichtet und somit riskiert, dass Plattformbeschäftigte durch eine „Entscheidung“ des Algorithmus abermals BelästigerInnen zugewiesen werden, ist darin uE ein verschuldetes Unterlassen, Abhilfe gegen (potenzielle) weitere Belästigungen zu schaffen, zu erblicken.

#### 4.3. Analoge Anwendung § 6a Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG)<sup>27</sup>

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass die Problematik der Mehrpersonalität, wie sie in der Plattformökonomie besteht, nicht unbedingt neu ist, sondern auch bei der ge-

---

<sup>25</sup> Windisch-Graetz, in ZellKomm<sup>3</sup> § 5 GIBG Rz 7.

<sup>26</sup> Windisch-Graetz, in ZellKomm<sup>3</sup> § 5 GIBG Rz 7; Posch, in *Rebhahn*, GIBG §§ 6,7, Rz 50.

<sup>27</sup> Bundesgesetz vom 23. März 1988, mit dem die Überlassung von Arbeitskräften geregelt wird (Arbeitskräfteüberlassungsgesetz – AÜG), BGBl 1988/196 idF BGBl I 2017/38.

setzlich insb im AÜG geregelten Arbeitskräfteüberlassung eine zentrale Rolle spielt. In diesem Zusammenhang sieht § 6a AÜG vor, dass im Hinblick auf die anzuwendenden gleichbehandlungsrechtlichen Bestimmungen nicht nur die ÜberlasserInnen als ArbeitgeberInnen und somit als AdressatInnen arbeitsrechtlicher Normen anzusehen sind, sondern auch die BeschäftigerInnen. Diese werden damit ebenfalls zu AdressatInnen gleichbehandlungsrechtlicher Vorschriften. Damit sollte nach den Gesetzesmaterialien gewährleistet werden, „dass auch für die überlassenen Arbeitskräfte trotz des Dreiecksverhältnisses zwischen überlassener Arbeitskraft, Überlasser und Beschäftiger die Rechte auf Gleichbehandlung gewahrt bleiben.“<sup>28</sup>

Bemerkenswert dabei ist insb § 6a Abs 3 AÜG, wonach ÜberlasserInnen verpflichtet sind, für angemessene Abhilfe zu sorgen, sobald sie wissen oder wissen mussten, dass BeschäftigerInnen die Vorschriften des Gleichbehandlungsrechts nicht einhalten. Das bedeutet nichts anderes, als dass ÜberlasserInnen die Rechtsfolgen für das Handeln von BeschäftigerInnen tragen müssen. ÜberlasserInnen müssen also mit allen Mitteln versuchen, Diskriminierungen durch BeschäftigerInnen zu verhindern, letztlich auch mit der Beendigung der Überlassung. Daraus ergibt sich, dass Ansprüche wegen erfolgter Diskriminierungen nicht nur gegen die BeschäftigerInnen, sondern auch gegen die ÜberlasserInnen gerichtet werden können.

Da mit § 6a AÜG bereits eine Bestimmung geschaffen wurde, die Gleichbehandlungspflichten im dreipersonalen Verhältnis für den Bereich der Arbeitskräfteüberlassung regelt, ist zu überlegen, was sich daraus für die Plattformökonomie gewinnen lässt. Betrachtet man das Vertragsgeflecht zwischen Plattform, Plattformbeschäftigten und KundInnen, liegt das Ergebnis nahe, dass sich die Vertragsverhältnisse der Plattformökonomie hinsichtlich des Aspekts der Mehrpersonalität nicht wesentlich von jenen Verhältnissen der Arbeitskräfteüberlassung unterscheiden. Aus diesem Grund ist eine analoge Anwendung von § 6a AÜG für Plattformarbeitsverhältnisse selbst dann, wenn keine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, zu erwägen. Damit hätten Plattformbeschäftigte effektive Möglichkeiten, Diskriminierungen von KundInnen sowohl diesen als auch den Plattformen gegenüber zu relevieren und zu bekämpfen.

## 5. Ergebnis und Ausblick

Der weite Anwendungsbereich des GIBG auch auf arbeitnehmerInnenähnliche Personen führt zur grundsätzlichen Anwendbarkeit des österr Gleichbehandlungsrechts im Arbeitsverhältnis in der Plattformökonomie. Im Detail stellen sich jedoch auf Grund der Besonderheiten der Arbeitsorganisation im Wege des Crowdsourcing doch zahlreiche Anwendungsfragen. Diese sind va auf das dreipersonale Vertragsgeflecht, das es schwierig macht Verantwortlichkeiten zuzuordnen, zurückzuführen. Hier kann eine analoge Anwendung

---

28 ErlRV 1903 BlgNR XXIV. GP 3; siehe auch *Schindler*, in *ZellKomm*<sup>3</sup> § 6a AÜG Rz 2ff.

von Regelungen, die für die Arbeitskräfteüberlassung entwickelt wurde, Regelungslücken schließen und Schutzdefizite vermeiden. Durch den Einsatz von entsprechend programmierten Algorithmen ist es zT sogar leichter als in traditionellen Arbeitsverhältnissen möglich, angemessene Abhilfe zu schaffen, indem ein Kontakt von Plattformbeschäftigten mit diskriminierenden KundInnen vermieden wird.

Die in der Plattformwirtschaft geradezu systemimmanente Verwendung von üblicherweise undifferenzierten Ratingsystemen bietet in besonderem Maße das Potenzial zur Perpetuierung und Verstärkung gesellschaftlicher Stereotype und Vorurteile. UE stellen bei der Verwendung solcher Ratingsysteme schon diese selbst eine mittelbare Diskriminierung dar und Plattformen täten gut daran, diese sowohl differenzierter auszugestalten, also etwa mehrere Fragen zu unterschiedlichen Aspekten der Leistungserbringung zu stellen, als auch die Möglichkeit einer Richtigstellung der Ratings durch die betroffenen Plattformbeschäftigten zu schaffen. Zusätzlich sollten die durch Ratingsysteme generierten Daten über Plattformbeschäftigte auch dazu genutzt werden, strukturelle Diskriminierung durch KundInnen aufzufinden und diesen durch klare rechtliche Verantwortlichkeiten gegenzusteuern.

Dr. Martin Risak ist ao. Universitätsprofessor am Institut für Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Wien und Vorsitzender des Senates II der Gleichbehandlungskommission; martin.risak@univie.ac.at

Mag. Michael Gogola arbeitet in der Grundlagenabteilung und der Abteilung Arbeit & Technik der GPA-djp und dissiert über arbeitsrechtliche Fragestellungen der ortsgebundenen Plattformarbeit; michael.gogola@gpa-djp.at

# Zu „Machtergreifungen“ und dem „Marsch auf Rom“

Über Notwendigkeit und Handlungsspielraum

Julius Schumann

---

## 1. Einleitung und eine kurze Anmerkung zu Literatur und Recht an der Wiener Fakultät

Die Profession der Juristin bzw des Juristen kennzeichnet vor allem die Textproduktion.<sup>1</sup> Vielleicht ist gerade das der Grund, weshalb die Auseinandersetzung mit dem Lesen von Texten in der juristischen Ausbildung an der Universität abseits der Lehrbuchliteratur und des Studiums einzelner Gesetzesstellen weitgehend fehlt und eben diese Textproduktion im Vordergrund steht.<sup>2</sup> Verpflichtende, spezifische Lehrveranstaltungen, wie sie etwa unter dem Begriff „Klassiker lesen“ im Studium der Soziologie bekannt sind,<sup>3</sup> werden im Diplomstudium der Rechtswissenschaften nicht angeboten. Die erste Berührung mit Fachliteratur, die nicht eine didaktische Vermittlung des Prüfungsstoffes beinhaltet, erfolgt im Diplomstudium erst in den (DiplomandInnen-)Seminaren.<sup>4</sup> Im Unterschied jedoch zu Lehrveranstaltungen, die jeweils bestimmte Texte von Autorinnen und Autoren im Fokus haben, werden in diesen Seminaren zu einem überwiegenden Teil Fragestellungen der Rechtsdogmatik von den Studierenden aufgearbeitet. Es erfolgt somit im Seminar eine Präsentation des Ergebnisses der Beantwortung einer Fragestellung, die dann einem Diskurs unterliegt. Ein gemeinsames Lesen und Diskutieren von Texten bleibt im Regelfall dem Doktorat vorbehalten, wobei an dieser Stelle angemerkt sei, dass in diesem erst vor kurzem eine bislang angebotene Lehrveranstaltung zur „Judikatur- oder Textanalyse“<sup>5</sup> aus dem Curriculum gestrichen wurde.<sup>6</sup>

---

1 Vgl *Fucik/Hinger*, Deutsch-Jurist, Jurist-Deutsch: eine Einleitung, in *Redaktion der ÖJZ* (Hrsg), Sprache und Recht. Kolumnen aus der österreichischen Juristen-Zeitung (2014) 9.

2 Zum fächerübergreifenden Prüfungsmodul Privatrecht heißt es etwa: „In diesem Modul soll [...] die Fähigkeit [nachgewiesen werden], Falllösungen schriftlich auszuarbeiten.“, [ssc-rechtswissenschaften.univie.ac.at/fileadmin/user\\_upload/s\\_rechtswissenschaft/Diplomstudium/Curriculum/DS\\_Rechtswissenschaften.pdf](https://www.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/s_rechtswissenschaft/Diplomstudium/Curriculum/DS_Rechtswissenschaften.pdf) (11.9.2018).

3 Studienplan des Bachelorstudiums Soziologie, [soziologie.univie.ac.at/fileadmin/user\\_upload/s\\_soziologie/Bachelor2011/Dateien/BA\\_2011\\_Module\\_IV.pdf](https://www.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/s_soziologie/Bachelor2011/Dateien/BA_2011_Module_IV.pdf) (11.9.2018).

4 Änderung und Wiederverlautbarung des Studienplans für das Diplomstudium der Rechtswissenschaften, [ssc-rechtswissenschaften.univie.ac.at/fileadmin/user\\_upload/s\\_rechtswissenschaft/Diplomstudium/Curriculum/DS\\_Rechtswissenschaften.pdf](https://www.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/s_rechtswissenschaft/Diplomstudium/Curriculum/DS_Rechtswissenschaften.pdf) (11.9.2018)

5 Curriculum für das Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften und das PhD-Studium Interdisciplinary Legal Studies, [senat.univie.ac.at/fileadmin/user\\_upload/s\\_senat/konsolidierte\\_Doktoratsstudien/DR\\_Rechtswissenschaften.pdf](https://www.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/s_senat/konsolidierte_Doktoratsstudien/DR_Rechtswissenschaften.pdf) (11.9.2018).

6 Mitteilung der Universität Wien, Studienjahr 2017/2018 v 25.6.2018, Nr 166, [ssc-rechtswissenschaften.univie.ac.at/fileadmin/user\\_upload/s\\_rechtswissenschaft/Doktoratsstudium\\_PhD/Curriculum/Aenderung\\_und\\_Wiederverlautbarung\\_des\\_Curriculums\\_fuer\\_das\\_Doktoratsstudium\\_Rechtswissenschaften\\_.pdf](https://www.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/s_rechtswissenschaft/Doktoratsstudium_PhD/Curriculum/Aenderung_und_Wiederverlautbarung_des_Curriculums_fuer_das_Doktoratsstudium_Rechtswissenschaften_.pdf) (11.9.2018).

Dass die mangelnde Auseinandersetzung mit Texten auch in einem von *Elisabeth Holzleithner* und *Paul Oberhammer* initiierten und seit mehreren Jahren gehaltenen Seminar zu *Law and Literature* in den Vorbesprechungen Erwähnung findet, mag als ein Fall von *exceptio probat regulam in casibus non exceptis*<sup>7</sup> angesehen werden. Dem Thema Literatur und Recht, das 2004 schon umfassend mit einem Themenschwerpunkt in dieser Zeitschrift behandelt wurde,<sup>8</sup> nähert sich das Seminar nicht durch die Beschäftigung mit Literatur *über* dieses Thema an, sondern macht ein Stück Literatur selbst zum Thema. Dabei geht es nicht nur um fachbezogene Literatur, sondern vor allem um Romanliteratur. Die bislang ausgewählten Texte haben zwar einen starken Bezug zum Recht<sup>9</sup>, es geht aber ebenso gerade um die eigene Reflexion des Verhältnisses von Recht und Gesellschaft anhand einer Erzählung. Dies lässt sich auch im Sinne von der *Law and Literature* Bewegung zum Teil vertretenen „moral uplift“<sup>10</sup> verstehen.

Es liegt nicht fern, auch heute ein Augenmerk auf das immer wieder aktuelle Verhältnis von Recht und Faschismus zu legen. Dazu eignet sich *Emilio Lussus* Werk „Der Marsch auf Rom und Umgebung“ als „Historiographie auf der Menschen-Etage“<sup>11</sup> ungemein, das im Seminar des Wintersemesters 2017/18, aus dem der nachfolgende, leicht abgeänderte Vortragstext stammt, das Seminarthema bildete. Ein Werk, das die Entstehung der faschistischen Bewegung *Mussolinis* in Italien aus dem Blickwinkel des Autors und Zeitzeugens *Lussu* anhand seiner Erlebnisse schildert. Zugleich entsteht dadurch trotzdem ein Bild des Ganzen, nämlich eines Staates, der in Ohnmacht verfällt. Besonders ist an diesem Buch, dass es nicht *einen* Umsturz in den Vordergrund stellt, sondern ein Werden und in diesem das Scheitern einzelner Figuren an ihren eigenen moralischen Ansprüchen, das schlussendlich einen Widerstand verhindert. Diese Kontinuität in seiner erzählten Geschichte unter gleichzeitiger Darstellung von Handlungsspielräumen war auch das Bindeglied für den nun folgenden Text<sup>12</sup> zu den „Machtergreifungen“ an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät 1934 und 1938. Ziel war daher nicht deren historische Aufarbeitung, die bereits durch für diesen Text herangezogene Beiträge in umfangreicher Weise vorgenommen wurde, sondern die historische Entwicklung an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät den Erzählungen *Lussus* gegenüberzustellen und sie mit den Er-

7 Zur genauen Herkunft dieser im Deutschen leicht abgeändert unter „Die Ausnahme bestätigt die Regel“ bekannten Redewendung s etwa: *Holton*, *The Exception Proves the Rule*, *Journal of Political Philosophy* 4/2010, 369f.

8 Vgl *juridikum* 1/2004; Darunter ein in das Thema *Law and Literature* einführender Artikel von *Holzleithner*, „Ulysses ist nicht leicht zu lesen“. Ein Streifzug durch *Law and Literature*, *juridikum* 1/2004.

9 Vgl etwa *Kafka*, *Der Prozeß* im Wintersemester 2014/15 oder auch *Shakespeare*, *Der Kaufmann von Venedig* im Wintersemester 2015/16.

10 *Baron/Epstein*, *Language and the Law: Literature, Narrative and Legal Theory*, in *Kairys* (Hrsg), *The Politics of Law. A progressive critique*<sup>3</sup> (1998) 664f.

11 *Gatterer*, *Nachwort zur deutschen Erstausgabe 1971*, in der Neuauflage von *Lussu*, *Marsch auf Rom und Umgebung* (2007) 217.

12 Der Vortragstext wurde für die Veröffentlichung leicht abgeändert. Für die Ermutigung, diesen zu veröffentlichen und eine kritische Durchsicht des Manuskriptes ist der Autor Univ.-Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> *Holzleithner* sehr dankbar.

wägungen *Jaspers*,<sup>13</sup> eine Kontinuitäts- statt einer Wendepunkt Betrachtung vorzunehmen, zu verbinden.

## 2. „Rasch, reibungs- und widerstandslos“

Es mag den Anspruch an eine universitäre Einrichtung erschüttern, wenn *Lichtenberger-Fenz* in einem Beitrag im Sammelband zur Willfährigkeit der Wissenschaft aus dem Jahr 1989 eingangs nüchtern festhält: „Rasch, reibungs- und widerstandslos ging der Umwandlungsprozess der österreichischen Universitäten und Hochschulen in nationalsozialistische Institutionen im Frühjahr 1938 vonstatten.“<sup>14</sup> Leicht geschah hier also die sog „Machtergreifung“. So lässt sich fragen: Wo war der Geist der Märzrevolution geblieben? Glaubens-, Gewissens- und Lehrfreiheit wurde in den Tagen des Jahres 1848 insb mit Unterstützung von Professoren der rechtswissenschaftlichen Fakultät propagiert.<sup>15</sup> Gekommen ist ein „brauner Faden“<sup>16</sup>, die Freiheiten beschränkend. Die Antwort erweist Parallelen zum Buch „Marsch auf Rom und Umgebung“ von *Emilio Lussu*.

*Lussus* Werk ist eine Geschichte der erwartbaren Enttäuschungen. In den Zeiten des Anfangs, in denen sich der Einzelne in der apathischen Masse sicher fühlen kann, werden Gegenreden geschwungen, doch dort, wo der Einzelne plötzlich Einzelner wird, verstummen diese. Eine Figur nach der anderen führt der Autor ein, während die Leserin bzw der Leser auf den einen Helden oder die eine Heldin wartet – wohlwissend, dass dieser bzw diese nicht kommen wird –, um sie teilweise nur zwei Sätze später Teil der schwarzen Masse werden zu lassen. Zugleich sind diejenigen, die entscheiden müssten, voller Hoffnung, nicht entscheiden zu müssen, um schlussendlich damit entschieden zu haben. Der Handlungsspielraum der einzelnen Personen scheint einer geradezu unaufhaltsamen Notwendigkeit zum Opfer zu fallen.

Wenn die *Neue Freie Presse* am 24. Juni 1931 zu antisemitischen Ausschreitungen an der Universität und dem Nichteingreifen der Exekutive<sup>17</sup> schreibt: „Das altösterreichische: ‚Da kann man halt nix machen!‘ in seiner Reinkultur“,<sup>18</sup> fühlt man sich in gewisser Weise an das Werk *Lussu* erinnert<sup>19</sup>. „Der Staat hat sich in neue Gewänder gehüllt und

13 *Jasper*, Die gescheiterte Zähmung. Wege zur Machtergreifung Hitlers 1930–1934 (1986) 7ff.

14 *Lichtenberger-Fenz*, Österreichs Universitäten und Hochschulen – Opfer oder Wegbegleiter der nationalistischen Gewaltherrschaft. Am Beispiel der Universität Wien, in *Heiß/Mattl/Meissl/Saurer/Stublpfarrer* (Hrsg), Willfähige Wissenschaft. Die Universität Wien 1938–1945 (1989) 3.

15 *Maisel*, Alma Mater auf den Barrikaden. Die Universität Wien im Revolutionsjahr 1848 (1988) 12f u 19.

16 *Lichtenberger-Fenz* in *Heiß/Mattl/Meissl/Saurer/Stublpfarrer* 5.

17 Zu diesem mit Gewohnheitsrecht begründeten Verbot der Exekutive den Boden der Universität zu betreten: *Taschwer*, Hochburg des Antisemitismus. Der Niedergang der Universität Wien im 20. Jahrhundert (2015) 94.

18 *Neue Freie Presse* v 24.6.1931 Nr 23986, 6.

19 Vgl eine von *Lussu* beschriebene Szene, in der die Polizei und die anwesenden Bürger bei einem Angriff der Faschisten auf einen jungen Mann nicht eingreifen: *Lussu*, Marsch 43.

schreitet feierlich einher“, schreibt er über den italienischen Staat, als der Widerstand durch einen neuen Begriff der Normalität bricht (S 61).<sup>20</sup>

Diese Reinkultur erschwerte jedenfalls auch nicht den seit 1880 stärker werdenden Antisemitismus an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät.<sup>21</sup> Duldung erzeugt Notwendigkeiten. So wird bei *Lussu* der Kommunist *Misiano*, der als Kriegsdesserteur von den Faschisten im Parlament als unerwünscht angesehen wird, von eben diesen umringt und kann nur im letzten Moment einem Attentat entkommen. Die Liberalen jedoch spielen sich nach dem Geschehen als „unparteiische Richter“ auf und beurteilen „den Vorfall äußerst nachsichtig“, „nicht ahnend, daß es auch sie noch treffen würde“ (S 21). Der Fall *Carl Samuel Grünhut* aus dem Jahr 1895 in den Schilderungen eines selbst betroffenen Professors, nämlich *Georg Jellineks*,<sup>22</sup> zeigt Parallelen zu den Schilderungen *Lussus*. In dem von *Jellinek* beschriebenen Fall geht es um die Wahl des Juden *Grünhut* zum Rektor, den auch die liberalen Kräfte, um die bereits durch den stärker werdenden Antisemitismus angespannte Lage an der Universität zu beruhigen, nicht wählten. Es ist *Bernatzik*, ebenso ein liberaler Staatsrechtler, der sogar später dafür plädiert, die Juden (und Jüdinnen) mögen sich aufgrund der antisemitischen Spannungen politisch zurückhalten.<sup>23</sup> Dies, nachdem man mit dem OG 1873<sup>24</sup> die Wahl zum akademischen Würdenträger nicht mehr vom Glaubensbekenntnis abhängig gemacht hatte.<sup>25</sup> *Bernatzik* wird übrigens auch *Kelsen* von einer akademischen Laufbahn abraten.<sup>26</sup> „Die Realität, lieber Freund, ist immer folgerichtig“, die Antwort *Lissias* auf die Frage *Lussus* nach seiner Prinzipientreue, nachdem er vom glühenden Demokraten zum Faschisten in hoher Funktion geworden ist (S 77).

### 3. Mittel des Antisemitismus

Die Verteidigung von Forderungen der 1848er-Revolution fungierte rasch als „Deckmantel“, unter dem deutschnationale, schlagende Gruppierungen einen rassistischen Antisemitismus in den eigenen Reihen stärkten.<sup>27</sup> So kommt es bereits vor dem ersten

20 Diese und nachfolgende Seitenangaben in Klammern beziehen sich auf *Lussu*, *Marsch auf Rom und Umgebung* (2007).

21 *Reiter-Zatloukal*, *Antisemitismus und Juristenstand*. Wiener Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät und Rechtspraxis vom ausgehenden 19. Jahrhundert bis zum „Anschluss“ 1938, in *Rathkolb* (Hrsg.), *Der lange Schatten des Antisemitismus – Kritische Auseinandersetzungen mit der Geschichte der Universität Wien im 19. und 20. Jahrhundert* (2013) 183.

22 *Kempter*, *Die Jellineks 1820–1955. Eine familienbiographische Studie zum deutschjüdischen Bildungsbürgertum* (1998) 293.

23 *Kempter*, *Jellineks* 293.

24 Gesetz vom 27. April 1873 RGBl 1873/63 betreffend die Organisation der Universitätsbehörden (OG).

25 § 11 OG; *Staudigl-Ciechowicz*, *Das Dienst-, Habilitations- und Disziplinarrecht der Universität Wien, 1848–1938* (2017) 90; *Dies*, *Zwischen Aufbegehren und Unterwerfung. Politik und Hochschulrecht 1848–1945*, in *Asb/Ehmer* (Hrsg.), *Universität – Politik – Gesellschaft – Wirtschaft* (2015) 441.

26 *Kelsen*, *Autobiographie* (1947), in *Jestaedt* (Hrsg.), *Hans Kelsen im Selbstzeugnis* (2006) 41.

27 *Rathkolb*, *Gewalt und Antisemitismus an der Universität Wien und die Badeni-Krise 1897. Davor und danach*, in *Rathkolb* (Hrsg.), *Der lange Schatten des Antisemitismus. Kritische Auseinandersetzungen mit der Geschichte der Universität Wien im 19. und 20. Jahrhundert* (2013) 73.

Weltkrieg zu offenen Auseinandersetzungen.<sup>28</sup> Die Situation verschärfte sich jedoch an den Universitäten nach dem Krieg noch weiter durch die Heimkehrer.<sup>29</sup> Die antisemitische Hetze richtete sich vorrangig gegen die sog. „Ostjuden“<sup>30</sup>, die aufgrund von Pogromen und Armut in ihren Herkunftsländern vor zwischen 1900 und 1914 in das Herz der Monarchie flüchteten.<sup>31</sup> So machte sich schon vor dem Krieg *Lueger* für eine „Zurückeroberung“ der Universitäten stark.<sup>32</sup> Es sei jedoch angemerkt, dass bereits zu Zeiten *Luegers* das Ordinariat für Juden immer schwieriger wird.<sup>33</sup> Eine gläserne Decke<sup>34</sup> und ein darauffolgender „brain drain“<sup>35</sup> ist das Resultat.

Dabei treten die Mittel des Antisemitismus in der Zwischenkriegszeit<sup>36</sup> in zwei Erscheinungsformen auf: einerseits eine durch die Studentenschaften getragene Welle der Gewalt und der offenen Austragung durch Pamphlete<sup>37</sup> sowie andererseits eine nicht minder effektive, aber weniger laute, durch Cliques getragene Einflussnahme auf den Universitätsbetrieb. An der Rechtswissenschaftlichen Fakultät waren als solche Cliques die *Deutsche Gemeinschaft* und der *Deutsche Klub*, die jedoch wie auch die *Bärenhöhle* und die *Leo-Gesellschaft* universitätsweit agierten, aktiv.<sup>38</sup> So ließ die *Deutsche Gemeinschaft* 1919 eine „Gelbe Liste“ erstellen, auf der in ihrer Diktion „Ungerade“ vermerkt waren, in diesem Fall Juden. Der Begriff „Ungerade“ umfasste aber auch Marxisten und Marxistinnen, Liberalisten und Liberalistinnen sowie Freimaurer und Freimaurerinnen.<sup>39</sup> Natürlich machte man sich diese Begrifflichkeiten ebenso zu Nutze, um darüber hinaus unliebsame Personen in ideologietreuen Kreisen zu diffamieren. So wird bspw. der Staatswissenschaftler *Erich Voegelin* von *Helfried Pfeifer* – wie im nationalsozialistischen Deutschland üblich – mit dem Vermerk „Jude!“ in einem seiner Werke zitiert.<sup>40</sup> *Voegelin* war jedoch kein Jude. Entscheidend für die Einordnung war vermutlich lediglich sein soziales Umfeld – er gehör-

28 Dazu ausf. *Rathkolb* in *Rathkolb* 79ff.

29 *Lichtenberger-Fenz* in *Heiß/Mattl/Meissl/Saurer/Stuhlpfarrer* 6f.

30 Zu diesem Begriff vgl. *Lipphardt*, Wo liegt Osten? Zur (Selbst-)Verortung osteuropäischer Juden, in *Mettauer/Staudinger* (Hrsg.), „Ostjuden“ – Geschichte und Mythos (2015) 13ff.

31 *Staudinger*, Unerwünschte Fremde. Galizische Juden in Wien: Zwischen Integration, Wohlfahrt und Antisemitismus, in *Mettauer/Staudinger* (Hrsg.), „Ostjuden“ – Geschichte und Mythos (2015) 34ff; *Reiter-Zatloukal* in *Rathkolb* 190f.

32 *Reichspost* v. 18.11.1907, 5.

33 *Reiter-Zatloukal* in *Rathkolb* 185ff.

34 Dazu auch: *Ehs*, Das extramurale Exil. Vereinsleben als Reaktion auf universitären Antisemitismus, in *Adunka/Lamprecht/Traska* (Hrsg.), Jüdisches Vereinswesen in Österreich im 19. und 20. Jahrhundert (2011) 20.

35 *Olechowski/Ehs/Staudigl-Ciechowicz*, Einleitung, in *Olechowski/Ehs/Staudigl-Ciechowicz* (Hrsg.), Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1918–1938 24.

36 Zu antisemitischen Aktionen an der Universität schon vor Kriegsbeginn siehe zB: *Rathkolb* in *Rathkolb* 74.

37 *Staudigl-Ciechowicz*, Dienstrecht, 120ff; Dies, Exkurs: Akademischer Antisemitismus, in *Olechowski/Ehs/Staudigl-Ciechowicz* (Hrsg.), Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1918–1938 68f; *Kniefacz/Posch*, Vertreibungspolitik und Antisemitismus in den 1930er und 1940er Jahren, in *Koll* (Hrsg.), „Säuberungen“ an österreichischen Hochschulen 1934–1945. Voraussetzungen, Prozesse, Folgen (2017) 124ff.

38 *Staudigl-Ciechowicz*, Dienstrecht 122ff.

39 *Rosar*, Deutsche Gemeinschaft: Seyss-Inquart und der Anschluß (1971) 30.

40 *Pfeifer*, Die Staatsführung nach deutschem, italienischem und bisherigem österreichischem Recht: mit einem Nachtrag über die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reiche (1938) 17 u 47.

te zu den Schülern *Kelsens*, der Jude war<sup>41</sup> – sowie, wie *Voegelin* später selbst vermutete, seine Art zu gehen, die ein Kollege bemängelt hatte.<sup>42</sup> Dass eine bloße Behauptung entscheidend sein konnte, führte dazu, dass die liberale<sup>43</sup> *Wiener Sonn- und Montagszeitung* 1889 im Feuilleton schrieb: „Wie nennt man nach seiner [Anm: gemeint ist das Vaterland] Ansicht ein Vorgehen, Dinge, die notorisch als Unwahrheiten erwiesen worden sind, immer wieder heuchlerisch als Wahrheiten vorzubringen? [...] Wenn das ‚Vaterland‘ wirklich so gegen die Verjudung der Wiener Universität ist, so wäre es doch besser der Wahrheit Ehre zu geben und nicht muthwillig christliche Professoren zu Juden zu stempeln.“<sup>44</sup> Maßgeblich in der Fachgruppe Hochschullehrer der *Deutschen Gemeinschaft* war *Othmar Spann*, der selbst von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät als Nationalökonom und Professor der Gesellschaftslehre kam.<sup>45</sup> Es ging der Gruppe va um die Verhinderung akademischer Karrieren von „Ungeraden“. Hatte bis zum ausgehenden 19. Jahrhundert noch das jüdische akademische Personal versucht, durch Konversion die eigene akademische Karriere zu retten, schwenkte nun der „konfessionelle und kulturelle Antisemitismus“ in einen „rassischen“ um.<sup>46</sup> Zum Opfer dieser Clique wurde bspw *Max Adler*,<sup>47</sup> ein renommierter Theoretiker des Austromarxismus, bei dem man sich mit Erfolg daran machte, sein Ordinariat zu verhindern. Schlussendlich wurde *Adler* wenige Jahre später interniert und gänzlich suspendiert. Ebenso antisemitisch wie auch antimarxistisch intendiert<sup>48</sup> waren die Kampagnen vonseiten der deutschnationalen Studentenschaft gegen *Stephan Brassloff*.<sup>49</sup> Man beschuldigte ihn, zweideutige Witze in seinen Lehrveranstaltungen zu machen. Zwar reagierte er in der Hoffnung eines Freispruchs mit einer Selbstanzeige im Disziplinarverfahren, jedoch endete dies mit einer Verurteilung in Form einer Rüge, die ihm die weitere wissenschaftliche Karriere verwehrte. Es lässt sich erkennen, dass der Antisemitismus nun mit einer zweiten Strömung gepaart war, nämlich mit einer klerikalen Schlagseite, die eigene Interessen verfolgte, aber ähnliche Ziele hatte.<sup>50</sup> So mag es nicht wundern, dass der spätere Diktator im Ständestaat, *Engelbert Dollfuß*, ebenso in der *Deutschen Gemeinschaft* zu finden ist.<sup>51</sup> Dieser ist schon in Studentenzeiten politisch aktiv und fordert zum Schutz des heimischen akademischen Nachwuchses: „Da hilft kein Herumdoktern, weg mit allen fremden Juden aus dem Osten, Beschränkung aller derer, die diesen Weg vorbereitet haben“.<sup>52</sup>

---

41 *Kelsen* in *Jestaedt* 41.

42 Zu diesem Fall ausführlich: *Staudigl-Ciechowicz*, *Dienstrecht* 119.

43 *Kernmayer*, *Judentum im Wiener Feuilleton (1848–1903)* (2013) 285f.

44 *Staudigl-Ciechowicz*, *Dienstrecht* 119f; *Wiener Sonn- und Montagszeitung* v 27.5.1889, Nr 21, 2.

45 *Reiter-Zatloukal* in *Rathkolb* 192.

46 *Staudigl-Ciechowicz*, *Dienstrecht* 113f.

47 *Reiter-Zatloukal* in *Rathkolb* 193f; Zu *Max Adler* siehe auch: *Kelsen* in *Jestaedt* 64f.

48 *Reiter-Zatloukal* in *Rathkolb* 194.

49 Ausf zu diesem Fall: *Meissel*, *Römisches Recht und Erinnerungskultur – zum Gedenken an Stephan Brassloff (1875–1943)*, in *Meissel* (Hrsg), *Vienna Law Inauguration Lectures Band 1* (2008) 11ff.

50 Dazu im Fall *Jellinek* bspw *Reiter-Zatloukal* in *Rathkolb* 186ff.

51 *Rosar*, *Deutsche Gemeinschaft* 32.

52 „Fremdländer“-Frage in der Wiener Universität, *Reichspost* v 24.9.1920, Nr 264, 5.

Der *Deutsche Klub* als zweite Clique war von nicht minderer Bedeutung, kam doch mehr als ein Drittel aller Dekane an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zwischen 1918 und 1938 aus diesem.<sup>53</sup> Dass es mit Ende des ersten Weltkrieges für Juden immer schwieriger wurde, eine ordentliche Professur zu bekommen und nicht lediglich ein Extraordinariat annehmen zu müssen oder gar keines zu erhalten, liegt auf der Hand.<sup>54</sup> Umso bedeutender ist daher die Wahl *Josef Hupkas* 1926 zum Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, der sich relativ rasch massiven Anfeindungen der deutschnationalen Studentenschaft ausgesetzt sah.<sup>55</sup> Nichtsdestotrotz wird er ein wichtiger Kritiker<sup>56</sup> der vom Strafrechtsprofessor und ab 1929 amtierenden Rektor *Wenzel Gleispach* eingeführten Studienordnung, die jüdischen Studentinnen und Studenten den Zugang zur Hochschule verunmöglichen sollte, schlussendlich aber vor dem Verfassungsgerichtshof nicht hält.<sup>57</sup> Er wird 1938 seine Professur verlieren und nach einer Flucht in Amsterdam ins KZ Theresienstadt deportiert. Er stirbt vor der Befreiung des Konzentrationslagers.<sup>58</sup> Was im Bereich des akademischen Personals funktionierte, wurde im Rahmen der Studentenschaft fortgeführt. So gab es den *Deutsch-Akademischen Juristenverein* sowie diverse Leseklubs, die jüdische Studierende explizit ausschlossen.<sup>59</sup> Als Gegenmaßnahme wurden von Juden ebensolche Vereine für den Akademiker gegründet wie bspw die *Kadimah*.<sup>60</sup> Der braune Faden zog sich jedoch weiter. „Welchen Sinn hat es, dem unbesiegbaren Feind den Weg verstellen zu wollen? Ist es nicht klüger, man wirft die Flinte ins Korn und schließt sich dem Sieger im Sieg an?“ – *Lussu* über den Wechsel eines Abgeordneten zum Faschismus trotz vorheriger Beteuerung den Tod für den Widerstand in Kauf zu nehmen (S 185).

#### 4. „Machtergreifungen“

Es folgt der Austrofaschismus mit einem bereits genannten Vertreter, nämlich *Dollfuß*. Als Gegner des Regimes werden an den Universitäten nicht nur Nationalsozialisten sondern va auch Linke angesehen.<sup>61</sup> Letzteres ergibt erneut eine Parallele zu den Beschreibungen *Lussus*.<sup>62</sup> Statt der Cliques wird nun die Regierung zum maßgebenden Faktor bei der Personalpolitik an den Universitäten. Waren die Cliques auf das Agieren im Hintergrund bedacht, geht der Austrofaschismus nun mit legislativen Mitteln vor, um den

53 *Staudigl-Ciechowicz* in *Olechowski/Ehs/Staudigl-Ciechowicz* 71.

54 *Staudigl-Ciechowicz*, Dienstrecht 116; *Reiter-Zatloukal* in *Rathkolb* 192.

55 *Tascher*, Kämpfer gegen den Antisemitismus und Opfer der Shoah. Leben und Sterben von Josef Hupka (1875–1944), Ordinarius für Handels- und Wechselrecht an der Universität Wien, in *Koll* (Hrsg.), „Säuberungen“ an österreichischen Hochschulen 1934–1945. Voraussetzungen, Prozesse, Folgen (2017) 467ff.

56 *Hupka*, Die Studentenordnung der Universität Wien, *Neue Freie Presse* v 23.4.1930, Nr 23566, 1ff.

57 Dazu aus *Fenz*, Zur Ideologie der „Volksbürgerschaft“. Die Studentenordnung der Universität Wien vom 8. April 1930 vor dem Verfassungsgerichtshof, *Zeitgeschichte* 18/1977, 125ff.

58 *Tascher* in *Koll* 485ff.

59 *Reiter-Zatloukal* in *Rathkolb* 184.

60 *Ehs* in *Adunka/Lamprecht/Traska* 21f.

61 *Kniefacz/Posch* in *Koll* 127.

62 S exemplarisch *Lussu*, *Marsch* 18.

Anschein der Legitimität wahren zu können.<sup>63</sup> Einerseits werden gesetzliche Rahmenbedingungen genutzt<sup>64</sup> und andererseits neue Gesetze erlassen.<sup>65</sup> Ganz iS einer „ideologischen Uniformität“<sup>66</sup> war es nun Ziel, möglichst weitgehend nicht-regimetreue Professorinnen<sup>67</sup> und Professoren von den Hochschulen zu entfernen.<sup>68</sup>

Zu einer weiteren Verschärfung kam es mit der Ermordung *Dollfuß*. Es erfolgte der Erlass des Gesetzes betreffend Maßnahmen an Hochschulen, welches sämtliche Professoren und Professorinnen, die nicht eine Bestätigung durch die Regierung erhielten und vor dem Inkrafttreten des Gesetzes ernannt wurden, in den „zeitlichen Ruhestand“ versetzte.<sup>69</sup> Zusätzlich konnten jederzeit aus „staatlichen Rücksichten“ Professoren und Professorinnen bei „Ereignungen“<sup>70</sup> an den Hochschulen in den Ruhestand versetzt werden und auch allgemeine Maßnahmen für den öffentlichen Dienst, nämlich Beamte ihres Amtes erleichtert verlustig sprechen zu können, trafen die Hochschulen.<sup>71</sup> Zudem erfolgte nun iS einer Instrumentalisierung der Hochschulen für das eigene Regime die Erlassung eines Hochschulerziehungsgesetzes.<sup>72</sup> Dieses sah verpflichtende ideologische Vorlesungen sowie militärische Übungen vor. Vom Besuch solcher Veranstaltungen hing die Zulassung zur Fortsetzung des Studiums ab.<sup>73</sup> Bei den inhaltlichen Teilen waren neben Theologen va auch Rechts- und Staatswissenschaftler beteiligt.<sup>74</sup> Die Universität wurde klerikal-faschistisch geprägt.<sup>75</sup> Zugleich wurden alle bestehenden Studentenvereinigungen aufgelöst und eine von der Diktatur selbst eingesetzte Einparteien-Studentenvertretung geschaffen.<sup>76</sup> Der Antisemitismus blieb selbstverständlich geduldet und Vorgehensweisen wie bspw eine gehäufte Pensionierung von jüdischen Professoren<sup>77</sup> taten jedenfalls den weiteren Entwicklungen keinen Abbruch. Wie *Sebastian Meissl* feststellt, konnte durch sämtliche Maßnahmen auch nicht die „stille, aber genierte Unterwande-

63 *Staudigl-Ciechowicz*, Dienstrecht 205ff.

64 *Staudigl-Ciechowicz*, Dienstrecht 207.

65 *Staudigl-Ciechowicz*, Dienstrecht 209.

66 *Reiter-Zatloukal*, Juristenausbildung in Österreich unter dem NS-Regime. Kontinuitäten und Brüche 1938/1945 am Beispiel der Wiener Juristenfakultät, in *Meissl/Olechowski/Reiter-Zatloukal/Schima* (Hrsg), Vertriebenes Recht – Vertreibendes Recht. Zur Geschichte der Wiener Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zwischen 1938 und 1945 (2012) 10.

67 Es sei angemerkt, dass an den Rechtswissenschaften erst 1947 eine Frau als Professorin ernannt wurde. S dazu *Floßmann*, Sibylle Bolla-Kotek, die erste Rechtsprofessorin an der Universität Wien, in *Heindl/Tichy* (Hrsg), „Durch Erkenntnis zu Freiheit und Glück...“. Frauen an der Universität Wien (ab 1897)<sup>2</sup> (1990), 247–256.

68 *Kniefacz/Posch* in *Koll* 127f.

69 Art III § 2 Abs 2 des Bundesgesetzes vom 7.8.1934 BGBl 1934/208 betreffend Maßnahmen an Hochschulen; dazu auf *Staudigl-Ciechowicz*, Dienstrecht 210ff.

70 Art III § 2 Abs 1 des Bundesgesetzes vom 7.8.1934 BGBl 1934/208 betreffend Maßnahmen an Hochschulen.

71 *Staudigl-Ciechowicz*, Dienstrecht 213ff.

72 Bundesgesetz vom 1.7.1935 BGBl 1935/267 betreffend die Erziehungsaufgaben der Hochschulen.

73 Dazu auf *Ehs*, Das Hochschulerziehungsgesetz 1935, in *Olechowski/Ehs/Staudigl-Ciechowicz* (Hrsg), Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1918–1938 (2014) 125f.

74 Dazu auf *Ehs* in *Olechowski/Ehs/Staudigl-Ciechowicz* 125f.

75 *Taschwer*, Hochburg, 178; Zur vorherigen Abschaffung des katholischen Charakters s: *Staudigl-Ciechowicz* in *Ash/Ehmer* 440ff.

76 *Lichtenberger-Fenz* in *Heiß/Mattl/Meissl/Saurer/Stublpfarrer* 9.

77 *Staudigl-Ciechowicz*, Dienstrecht 205f.

rung“<sup>78</sup> durch den Nationalsozialismus verzögert werden. Die Aktionen gegen jüdische Studierende in den Jahren 1937/38 nahmen nochmals drastisch zu.<sup>79</sup>

Der Weg war nicht weit. Der Gleichschaltungsprozess durch die Nationalsozialisten an den Universitäten dauerte nicht länger als ein Semester.<sup>80</sup> Was *Dollfuß* schon als Studentenpolitiker forderte, wurde Realität. Die Zahl der jüdischen Studierenden wurde zunächst auf zwei, dann auf ein Prozent beschränkt, bevor ein Studium für sie gänzlich verboten wurde.<sup>81</sup> Verbleibende jüdische und andere dem Regime missliebige Universitätsangehörige<sup>82</sup> wurden nun endgültig von der Fakultät entfernt. So musste erneut ein Großteil der Professoren die Fakultät verlassen.<sup>83</sup> Darunter *Hupka*, oder auch *Oskar Pisko*, *Ludwig Adamovich* und *Adolf Merkl*.<sup>84</sup> Der an unserer Fakultät durch sein weiteres Wirken nach dem zweiten Weltkrieg und der Vergabe eines nach ihm benannten Preises für herausragende Studierende<sup>85</sup> bekannte *Heinrich Klang* verlor als Jude und zuvor engagierter Politiker in der bürgerlich-demokratischen Partei seine Lehrbefugnis ebenso wie sein Richteramt.<sup>86</sup> Ein Fluchtversuch scheiterte.<sup>87</sup> Er kam als „prominente jüdische Persönlichkeit“ in das KZ Theresienstadt, wo er übrigens am dortigen „Ghettogericht“ wirkte, das als Teil der „Jüdischen Selbstverwaltung“ neben Verlassenschaftsabhandlungen va in Strafsachen entschied.<sup>88</sup> 31 Privatdozenten verloren ebenso ihre Lehrbefugnis. Die Universität war nationalsozialistisch geworden. Ziel ist es, nach der nun anzuwendenden Justizausbildungsordnung 1934, „eine[n] in seinem Fach gründlich vorgebildeten, charakterlich untadelhaften Diener des Rechts, der im Volk und mit ihm lebt und ihm bei der rechtlichen Gestaltung seines Lebens ein unbestechlicher und ziel-sicherer Helfer und Führer sein kann“, heranzubilden.<sup>89</sup> Eine andere Ideologie beschränkt nun die Lehrfreiheit. „Rasch, reibungs- und widerstandslos“.

78 Zitiert nach *Lichtenberger-Fenz* in *Heiß/Mattl/Meissl/Saurer/Stuhlpfarrer* 11.

79 *Lichtenberger-Fenz* in *Heiß/Mattl/Meissl/Saurer/Stuhlpfarrer* 11.

80 *Lichtenberger-Fenz* in *Heiß/Mattl/Meissl/Saurer/Stuhlpfarrer* 11.

81 *Reiter-Zatloukal* in *Meissel/Olechowski/Reiter-Zatloukal/Schima* 11.

82 Darunter auch *Elise Richter*, die erste ao. Professorin der Universität Wien wurde 1942 nach Theresienstadt deportiert; s zu ihr ausführlich *Andraschko*, *Elise Richter – eine Skizze ihres Lebens*, in *Heindl/Tichy* (Hrsg), „Durch Erkenntnis zu Freiheit und Glück...“. Frauen an der Universität Wien (ab 1897)<sup>2</sup> (1990), 221–231.

83 *Reiter-Zatloukal* in *Meissel/Olechowski/Reiter-Zatloukal/Schima* 14ff.

84 Mit einem Überblick: *Reiter-Zatloukal* in *Meissel/Olechowski/Reiter-Zatloukal/Schima* 14ff.

85 *Kommenda*, Juridicum ehrt seine Besten, *DiePresse.com* v 7.12.2015, [diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/4882914](http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/4882914) (11.9.2018)

86 *Gößler/Niklas*, *Heinrich Klang. Praxis und Theorie – Verfolgung und Rückkehr*, in *Meissel/Olechowski/Reiter-Zatloukal/Schima* (Hrsg), *Vertriebenes Recht – Vertreibendes Recht. Zur Geschichte der Wiener Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zwischen 1938 und 1945* (2012) 286.

87 *Gößler/Niklas* in *Meissel/Olechowski/Reiter-Zatloukal/Schima* 287f.

88 *Gößler/Niklas* in *Meissel/Olechowski/Reiter-Zatloukal/Schima* 288ff (insb 289).

89 Zitiert nach *Reiter-Zatloukal* in *Meissel/Olechowski/Reiter-Zatloukal/Schima* 22.

## 5. „Gewinnen Sie doch Ihre Freiheit wieder“

Die Begriffe „Machtergreifungen“ und „Marsch auf Rom“ haben gemein, dass sie den Fokus auf die Handelnden legen – die Nationalsozialisten und Nationalsozialistinnen bzw die italienischen Faschisten und Faschistinnen.<sup>90</sup> Sie sollen Wendepunkte in der Geschichte beschreiben. Legt man den Fokus auf diese Begriffe, so führt eine solche historische Wendepunktanalyse dazu, dass der Handlungsspielraum derer, die nicht agieren, in den Hintergrund rückt<sup>91</sup> und verleitet dazu, die Notwendigkeit vor dem Handlungsspielraum zu betrachten. Dabei sind gerade die, die nicht agieren, die eigentlichen Akteure und Akteurinnen. Es ist die schrittweise Duldung, die im Anschluss vermeintliche Notwendigkeiten schafft.

„Konsens begann sich einzustellen“, so *Lussus* Beschreibung, als weitere Oppositionelle festgenommen wurden, während die „bekanntesten Industriellen, Großagrarier und Kaufleute“ den Faschisten beitraten (S 106).

Im Gegensatz zu einer Erzählung, die durch den von ihr ins Auge gefassten Wendepunkt gebunden ist, rückt *Lussu* als Zeuge dieser Zeit die Entwicklung in den Vordergrund. Denn ein Wendepunkt stellt ein singuläres Ereignis dar und macht somit alles vor ihm zur Ursache und alles nach ihm zur Folge. Dabei geht jedoch die Pluralität der Ereignisse verloren. Doch „gerade dort, wo die Geschichte eines Volkes sich als Folge von Katastrophen darstellt, ist die Kontinuität zu beachten“, so *Jasper*.<sup>92</sup> Es ist ein „brauner Faden“<sup>93</sup>, der sich durch die Hochschulgeschichte dieser Zeit zieht. An den „hohen Stätten der geistigen Elite“ wurde der „Deutschnationalismus, Rassismus und Antisemitismus genährt und gehegt“ wie *Lichtenberger-Fenz* es formuliert.<sup>94</sup> Auch wenn die Geschichte bereits bekannt ist, sei bei ihrer Betrachtung die Offenheit der Prozesse eingemahnt.<sup>95</sup>

„Der freie Wille von dem die Leute reden, ist ein Hirngespinnst. Tag für Tag ereignen sich hunderterlei Dinge, für die wir nichts können, aber die gleichwohl unseren Willen bedingen. [...] Wir sind alle Sklaven des Schicksals.“ [...] „Herr General“, riet ich, „gewinnen Sie doch Ihre Freiheit wieder“, ein Dialog zwischen *Lussu* und einem die Polizei befehlenden General, die nicht eingriff, als Faschisten Oppositionelle aus ihren Häusern zerrten und sie zwangen, Rizinusöl zu trinken (S 123).

Mag. Julius Schumann ist Universitätsassistent am Institut für Zivilverfahrensrecht der Universität Wien; julius.schumann@univie.ac.at

---

90 *Jasper*, Zählung 14.

91 *Jasper*, Zählung 7.

92 *Jasper*, Zählung 7.

93 S Fn 16.

94 *Lichtenberger-Fenz* in *Heiß/Mattl/Meissl/Saurer/Stublpfarrer* 12.

95 Vgl *Jasper*, Zählung 11.

# Geschlecht und Abstammungsrecht

Zur BGH Entscheidung v. 6.9.2017, XII ZB 660/14

Ute Schreiner

---

## 1. Einleitung<sup>1</sup>

Das Abstammungsrecht ist von strikten Kategorisierungen geprägt: Unterschieden werden Mutterschaft, Vaterschaft und die Abstammung vom anderen Elternteil, die der Vaterschaft nachgebildet ist. Die Zuweisung zu einer Kategorie unternimmt das Gesetz klar aufgrund des Geschlechts: Mutter ist die Frau, die das Kind geboren hat<sup>2</sup> und Vater der Mann, der mit der Mutter im Zeitpunkt der Geburt verheiratet ist,<sup>3</sup> der die Vaterschaft anerkannt hat oder der gerichtlich als Vater festgestellt wurde.<sup>4</sup> Anderer Elternteil kann eine Frau sein, wenn an der Mutter eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchgeführt wurde.<sup>5</sup> Das Gesetz entscheidet somit aufgrund des Geschlechts, ob eine Person Mutter oder Vater bzw. anderer Elternteil ist oder wird.<sup>6</sup> Die auf dem Geschlecht basierenden Zuweisungen folgen unterschiedlichen Prinzipien. So wird Mutterschaft vom Prinzip der biologischen Elternschaft beherrscht, wobei das Gesetz hier eine Spezifizierung vornimmt und auf die Geburt abstellt. Bei der Vaterschaft überwiegen soziale Aspekte, während biologische nur tw, etwa iRd gerichtlichen Feststellung, bedeutend sind.<sup>7</sup> Das zeigt einerseits die ungleichen Bedingungen, unter denen Elternschaft – je nach Geschlecht – erworben werden kann. Die Inkonsistenz der Abstammungskategorien zeigt sich auch am Fall einer Transgender-Person, die ein Kind gebärt. Ein solcher Fall wurde

---

1 Bei dem Beitrag handelt es sich um die gekürzte Fassung einer Arbeit, die im Zuge des Seminars „Geschlecht dekonstruieren: Transgender im Rechtsdiskurs“ im WS 2017/18 entstanden ist.

2 § 143 ABGB idF BGBl I 2018/58.

3 Ist der Ehemann der Mutter verstorben, ist er der Vater des Kindes, wenn er nicht früher als 300 Tage vor der Geburt verstorben ist (§ 144 Abs 1 Z1 ABGB).

4 § 144 Abs 1 ABGB; §§ 145f ABGB.

5 § 144 Abs 2 ABGB; §§ 145f ABGB; neben der Voraussetzung der Durchführung einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung an der Mutter innerhalb von nicht mehr als 300 und nicht weniger als 180 Tagen vor der Geburt, muss die Frau die eingetragene Partnerin der Mutter sein, die Elternschaft anerkannt haben oder ihre Elternschaft muss gerichtlich festgestellt worden sein; s auch *Gottschamel/Kratz-Lieber*, Verfassungsrechtliche Fragen bei der Erlangung der weiteren Elternschaft durch ein Anerkenntnis, iFamZ 2017, 9f.

6 Die binäre Geschlechterordnung, die der österr Rechtsordnung zugrunde liegt, spiegelt sich auch im Abstammungsrecht wider.

7 Das Verhältnis des sozialen und rechtlichen Vaters gegenüber dem biologischen Vater wird häufig diskutiert; s *Cach*, Biologische Eltern – Soziale Eltern – Rechtliche Eltern, JEV 2016, 168 (169); OGH 26.06.2007, 1 Ob 98/07d; OGH 27.11.2014, 9 Ob 73/14x (*Beck*); OGH 24.03.2015, 8 Ob 32/15m.

im September 2017 vor dem dt BGH<sup>8</sup> entschieden, die Debatte ist jedoch auch in Ö bekannt.<sup>9</sup>

## 2. Wenn Männer Kinder bekommen

Der dt BGH hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, wie mit der Beurkundung der Geburt eines Kindes zu verfahren ist, das eine Frau-zu-Mann-Transgender-Person nach Geschlechtsänderung gemäß § 8 Abs 1 des dt Transsexuellengesetzes (dTSG)<sup>10</sup> gebärt – ist sie Mutter oder Vater?<sup>11</sup>

### 2.1. Sachverhalt

Die beteiligte Person wurde 1982 geboren und änderte 2010 ihren (damals weiblichen) Vornamen in einen männlichen. Durch einen Beschluss des Amtsgerichts Berlin-Schöneberg im Jahr 2011 wurde festgestellt, dass er\* als „dem männlichen Geschlecht zugehörig anzusehen ist“<sup>12</sup>. Da der Beteiligte\* die Zuführung männlicher Hormone absetzte, war es möglich, dass er\* mittels Samenspende befruchtet wurde und so 2013 ein Kind gebar. Mit dem Samenspender wurde vereinbart, dass dieser nicht rechtlicher Vater des Kindes wird. Fraglich war nun, wie die Geburt des Kindes im Geburtenregister zu beurkunden ist. Das Amtsgericht wies das Standesamt an, den Beteiligten\* als Mutter des Kindes mit seinen\* zuvor geführten weiblichen Vornamen einzutragen. Die dagegen gerichteten Beschwerden des Beteiligten\* und des Kindes wurden vom Kammergericht zurückgewiesen. Gegen diese Zurückweisung richteten sich die Rechtsbeschwerden des Beteiligten\* und seines Kindes: Der Beteiligte\* soll als Vater des Kindes mit seinen\* männlichen Vornamen in das Geburtenregister eingetragen werden.

### 2.2. Entscheidungsgründe

Der dt BGH entschied, dass der Beteiligte\* als Mutter und nicht als Vater zu bezeichnen sei und schloss sich damit der E des Beschwerdegerichts an, welches festhielt, der Beteiligte\* sei „im Verhältnis zu seinen Kindern [...] weiterhin als Frau anzusehen“<sup>13</sup>. Der Gerichtshof merkte an, dass es für die statusrechtliche Zuordnung auf die Zugehörigkeit zum männlichen Geschlecht nicht ankomme, da nach dem dTSG die E der Zugehörig-

---

8 BGH 6.9.2017, XII ZB 660/14.

9 *Hubmann*, Erstmals in Graz: Schwangerer Mann bringt Kind zur Welt, *kleinezeitung.at* v 25.2.2017, *kleinezeitung.at/steiermark/graz/5175017* (22.9.2018).

10 Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz – TSG), *dBGBI I 1980/56 idF dBGBI I 2017/52*.

11 Das dt Recht geht ebenso wie das österr davon aus, dass die Mutter die Frau ist, die das Kind geboren hat (§ 1591 *dBGB idF dBGBI I 2018/26*).

12 BGH 6.9.2017, XII ZB 660/14 Rz 2.

13 KG 30.10.2014, 1 W 48/14.

keit zum anderen Geschlecht das Rechtsverhältnis zwischen einer Person und ihren Kindern unberührt lässt.<sup>14</sup> Damit wendet der Gerichtshof die betreffende Bestimmung auch auf Sachverhalte wie den hier zugrundeliegenden an, bei dem das leibliche Kind nach Änderung der elterlichen Geschlechtszugehörigkeit geboren wird. Als Begründung führt er, neben Verweisen auf die Gesetzesmaterialien, die Gewährleistung des „biologisch durch Geburt oder Zeugung festgelegte[n] rechtliche[n] Status als Mutter oder Vater des Kindes“<sup>15</sup> an. Dieser sei, so das Gericht, einer Veränderung nicht zugänglich. Die Eintragung der weiblichen Vornamen in das Geburtenbuch begründete der Gerichtshof mit den Interessen der Kinder an der Geheimhaltung der Transsexualität ihrer Eltern, deren Schutz durch einen „Widerspruch zwischen der Elternstellung und den aktuell geführten Vornamen“<sup>16</sup> nicht gewährleistet wäre.

Bezugnehmend auf die grundrechtliche Dimension beschäftigte sich der BGH mit den Grundrechten des Betroffenen sowie des Kindes. Er argumentierte, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen<sup>17</sup> durch den rechtlichen Status „Mutter“ nicht verletzt sei. Dem dt Grundgesetz sei insb keine Verpflichtung zur Schaffung eines geschlechtsneutralen Abstammungsrechts zu entnehmen, da die Verknüpfung der Fortpflanzungsfunktion mit dem Geschlecht unbestreitbar biologisch begründet sei. Kinder sollen ihren biologischen Eltern auch rechtlich so zuzuweisen sein, dass ihre Abstammung nicht im Widerspruch zu ihrer biologischen Zeugung auf zwei rechtliche Mütter oder Väter zurückzuführen sei. Die rechtlichen Kategorien Vater- und Mutterschaft seien nicht beliebig austauschbar. Die abstammungsrechtliche Zuordnung könne für einen gebärenden Transgender-Mann systemgerecht nur auf eine Mutterschaft zurückgeführt werden. Da erst die Zuordnung zu einer Mutter den Weg der Zuordnung zu einem Vater eröffnen würde und die betroffene Person unverheiratet sei, stehe ihm allein aufgrund der rechtlichen Zuordnung als Mutter auch die alleinige Obsorge zu.

Des Weiteren sei der Beteiligte auch nicht gegenüber anderen Männern diskriminiert; das Gleichheitsgrundrecht stehe der rechtlichen Berücksichtigung biologisch zwingender Unterschiede bei der abstammungsrechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung nicht entgegen. Schließlich sei auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das gerade im Anwendungsbereich des dTSG von großer Wichtigkeit sei, nicht verletzt. Zu den Grundrechten des Kindes brachte der Gerichtshof das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung vor und stellte fest, dass dem Kind wesentliche, dem Geburtenregister zu entnehmende Informationen vorenthalten werden würden, wenn das Statusrecht „nur“ in Widerspruch zu den biologischen Gegebenheiten klarstellen würde, auf welche Fortpflanzungsfunktion es die konkrete Eltern-Kind-Zuordnung zurückführen will. Der

14 § 11 S 1 dTSG; diese Bestimmung ist nach dem BGH die speziellere Norm im Vergleich zu § 8 Abs 1 dTSG, wonach die vom Geschlecht abhängigen Rechte und Pflichten sich nach dem „neuen“ Geschlecht richten.

15 BGH 6.9.2017, XII ZB 660/14 Rz 19.

16 BGH 6.9.2017, XII ZB 660/14 Rz 21.

17 Dieses ist im dt Grundgesetz in Art 2 Abs 1 geregelt und schützt die freie Entfaltung der Persönlichkeit.

BGH sieht auch das Recht des Kindes auf Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung durch beide Elternteile potentiell in dem Fall betroffen, dass dem Kind durch die Zuordnung zu nur einem Elternteil die statusrechtliche Zuordnung zum anderen Elternteil unmöglich gemacht wird, da das Kind seine Abstammung zum genetischen Erzeuger (Samenspender) nur durch die Beseitigung der konkurrierenden Vaterschaft erreichen könnte.

### 2.3. Besprechung der Entscheidung

Der BGH wählte mit dieser E einen einfachen Weg, indem er sich an die an biologischen Merkmalen anknüpfenden Kriterien, auf denen das Abstammungsrecht beruht, klammerte. Die Möglichkeit von diesem starren Konzept abzuweichen wurde nicht angedacht.

#### 2.3.1. Vorbemerkungen

Sowohl das österr,<sup>18</sup> als auch das dt<sup>19</sup> Familienrecht waren lange darauf ausgelegt eine spezifische Konstellation zu erhalten – Mann und Frau, die in einer ehelichen Gemeinschaft leben und gemeinsam Kinder zeugen.<sup>20</sup> Diese Sichtweise auf Familie, Ehe und Abstammung hat sich in den letzten Jahren stark entwickelt<sup>21</sup> und gewandelt. Das Recht reagiert auf diese Änderungen nicht schnell genug und überlässt die Klärung einiger, ua abstammungsrechtlich relevanter Fragestellungen den Gerichten.

Die E veranlasste den Gerichtshof, sich mit der Abwägung staatlicher Ordnungsinteressen gegen private Interessen der Anerkennung der eigenen geschlechtlichen Identität und der Achtung des Privat- und Familienlebens auseinanderzusetzen.<sup>22</sup> Im Hinblick auf die Intensität staatlichen Eingreifens scheinen sowohl Deutschland als auch Ö bei der Anerkennung von transgeschlechtlichen, aber auch von intergeschlechtlichen Personen<sup>23</sup>

18 Siehe § 44 ABGB idF BGBl I 2018/58: „[...] In dem Ehevertrage erklären zwei Personen verschiedenen Geschlechtes gesetzmäßig ihren Willen, in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, Kinder zu zeugen, sie zu erziehen, und sich gegenseitigen Beystand zu leisten.“

19 Siehe § 1353 Abs 1 dBGB idF dBGB I 2018/26, das seit 1.10.2017 die Eheschließung gleichgeschlechtlicher Personen ermöglicht.

20 Vgl *Verschraegen*, Entwicklungen des österreichischen Eherechts im 20. Jahrhundert – Zwischen Tradition und Wandel, in Festschrift 200 Jahre ABGB (2011) 678f.

21 Nachdem der EGMR bereits 2010 festhielt, dass auch gleichgeschlechtliche Paare heiraten dürfen (EGMR 24.6.2010, 30141/04 [*Schalk und Kopf/Österreich*]), entschied nun auch der VfGH (5.12.2017, G 258/2017) im Dezember letzten Jahres, dass die bis dahin bestehende Unterscheidung zwischen Ehe und eingetragener Partnerschaft das Diskriminierungsverbot verletzt.

22 Einen solchen Drahtseilakt unternahm jüngst auch der EGMR (24.1.2017, 25358/12 [*Paradiso und Campanelli/Italien*]); gerade im Bereich des Abstammungsrechts scheint europaweit die staatliche Kontrollfunktion von großer Bedeutung; selbstverständlich ist ein Vergleich der beiden E nur begrenzt möglich, betrifft die erwähnte EGMR E doch ein weltweites Problem, das die Ausbeutung von Frauen (Leihmutterstourismus) betrifft, wogegen die hier vorliegende E den Wunsch einer Person auf Verwirklichung der „vollen“ Anerkennung ihrer geschlechtlichen Identität behandelt, die sich auch in der Zuweisung der gewünschten Elternschaft widerspiegeln sollte.

23 Vor der E des VfGH (29.6.2018, G 77/2018) wies das LVwG OÖ (5.10.2016, 750369/5/MZ/MR) einen Antrag auf Änderung des Geschlechtseintrags von „männlich“ auf „inter“ oder eine andere entsprechende Änderung oder die

gehemmt.<sup>24</sup> Inmitten dieser Tradition fügt sich auch die vom dt BGH vorgenommene Auslegung des dTSG ein. Das Anliegen des Gerichtshofes, dieses im Hinblick auf eine „natürliche“, unveränderliche Zuordnung zur Mutter oder zum Vater zu interpretieren ist va insofern unpassend, als dass im vorliegenden Fall eine solche Zuordnung noch nicht stattfand, da das Kind der beteiligten Person erst nach der Änderung des Geschlechtseintrages geboren wurde. Der Status muss also nicht geändert werden. Eine vom Gerichtshof wohl implizierte Argumentation, wonach eine Änderung des Status (Mutter oder Vater) am Geburtsgeschlecht haftet und unveränderbar ist, widerspricht dem Sinn und Zweck des dTSG, nämlich der vollen, rechtlichen Anerkennung des Identifikationsgeschlechts. Der EGMR hielt dabei schon in *Goodwin* fest, dass es unlogisch erscheint, dass ein Staat die „geschlechtsumwandelnde“ Behandlung erlaubt und sogar finanziert, die rechtliche Anerkennung ihres Ergebnisses jedoch verweigert.<sup>25</sup>

Um die Analyse der E im Hinblick auf das österr Recht nutzbar zu machen, sollen die vom dt BGH vorgebrachten Gründe jeweils im Zusammenhang mit den österr Bestimmungen behandelt werden.

### 2.3.2. Die österreichische Rechtslage – Überblick und Entwicklung

Die Rechtsstellung transgeschlechtlicher Personen im österr Recht unterscheidet sich vom dt Recht insofern, als dass es in Ö keine dem dTSG entsprechende gesetzliche Kodifikation gibt. Die Bestimmungen, die Rechtsfragen von Transgender-Personen regeln, sind verstreut. Im Bereich des Personenstandsrechts finden sich die Voraussetzungen, unter denen eine Änderung der Eintragung im zentralen Personenstandsregister<sup>26</sup> sowie die Namensänderung<sup>27</sup> stattfinden kann, im Personenstands-<sup>28</sup> bzw Namensänderungsgesetz.<sup>29</sup> Die näheren Voraussetzungen für eine entsprechende Änderung des Geschlechtseintrags werden seit 1983 durch einen jeweiligen Erlass des Bundesministeriums für Inneres geregelt – dem sogenannten Transsexuellen-Erlass.<sup>30</sup> Die darin enthaltene Auflis-

---

ersatzlose Streichung ua mit dem Argument ab, dass der österr Rechtsordnung das Prinzip der Zweigeschlechtlichkeit zugrunde liegt, das andere Geschlechtsbezeichnungen ausschließt; s auch *Greif*, Tertium NON datur: Zweigeschlechtlichkeit als „Prinzip der österreichischen Gesamtrechtsordnung“?, VerfBlog v 13.11.2017, verfassungsblog.de/tertium-non-datur-zweigeschlechtlichkeit-als-prinzip-der-oesterreichischen-gesamtrechtsordnung/ (22.9.2018); s auch den nach.satz in diesem Heft *Greif*, Tertium datur – causa finita? Zum „Dritten Geschlecht“ in Österreich.

24 Siehe 2.3.2. zur Entwicklung der österr Rechtslage. Bis zur E des VwGH im Jahr 2009 war eine „geschlechtsanpassende“ Operation Voraussetzung für eine personenstandsrechtliche Änderung des Geschlechts.

25 EGMR 11.07.2002, 28957/95 (*Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich*).

26 § 41 Abs 1 u 3 PStG, BGBl I 2013/16; durch das Personenstandsgesetz sind Personenstandsänderungen in Ö seit 1983 (BGBl 1983/60) möglich.

27 § 2 Abs 2 Z3 NÄG, BGBl I 2017/59 27 § 2 Abs 2 Z 3 NÄG, BGBl I 2017/59.

28 Bundesgesetz über die Regelung des Personenstandswesens (Personenstandsgesetz 2013 – PStG 2013), BGBl I 2013/16 idF BGBl I 2018/56.

29 Bundesgesetz vom 22. März 1988 über die Änderung von Familiennamen und Vornamen (Namensänderungsgesetz – NÄG), BGBl 1988/195 idF BGBl I 2017/59.

30 BMI 18.7.1983, 10.582/24-IV/4/83; *Holzleithner*, Geschlecht als Anerkennungsverhältnis, juridikum 2002, 107f; siehe auch TransX, transx.at/Pub/Rechtsentwicklung.php (22.9.2018).

tung an Voraussetzungen wurde vom österr VwGH und VfGH beschränkt bzw aufgehoben. Durch starkes Eingreifen der Jud sind die Voraussetzungen, unter denen Personen ihr Geschlecht ändern können somit teilweise gelockert worden. So hob der VfGH<sup>31</sup> 2006 einige wesentliche Teile des Erlasses aus 1996<sup>32</sup> auf, sodass die zuvor bestehende Voraussetzung der Ehelosigkeit für eine Eintragung des Wunschgeschlechts nicht mehr notwendig war.

2009 folgte eine E des VwGH,<sup>33</sup> in der er festhielt, welche Maßnahmen zu einer deutlichen Annäherung an das äußerliche Erscheinungsbild führen – einer bis dahin bestehenden Voraussetzung zur Änderung des Geschlechtseintrages. Im Anlassfall wurde der Antrag auf Änderung des Personenstands einer transgeschlechtlichen Beschwerdeführerin\* abgewiesen: Die Person wurde im männlichen Geschlecht geboren und lebte längere Zeit mit dem Empfinden, dem weiblichen Geschlecht zuzugehören. Sie\* unterzog sich einer psychotherapeutischen Behandlung, einer hormonellen Therapie und einer Bartepilation. Nach der Begründung der zuständigen Behörde seien diese Maßnahmen nicht ausreichend gewesen, um die Person dauerhaft dem weiblichen Geschlecht zuzuordnen und dokumentierten auch nicht die Entschlossenheit zu einer dauerhaften, unwiederbringlichen Zuordnung zum anderen Geschlecht. Auch sei es der Beschwerdeführerin\* ohne eine genitalverändernde Operation noch möglich gewesen, sich im „alten“ Geschlecht fortzupflanzen. Der VwGH stellte fest, „dass die geforderten geschlechtskorrigierenden Maßnahmen nicht notwendigerweise in einer Entfernung der primären Geschlechtsmerkmale bestehen müssen“. Mit dieser E wurde schließlich der strikte Operationszwang überwunden. Die E des VwGH bildet heute die Grundlage für Personenstandsänderungen. Darin werden die Voraussetzungen formuliert, nach welchen die Personenstandsbehörde die Beurkundung des Geschlechts zu ändern hat, nämlich „die zwanghafte Vorstellung dem anderen Geschlecht zuzugehören, eine deutliche Annäherung an das äußere Erscheinungsbild des anderen Geschlechts und eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass sich am Zugehörigkeitsempfinden nichts ändern wird“. Es folgte auch eine E des VfGH,<sup>34</sup> in welcher er sich der Rechtsansicht des VwGH anschloss. Das (damalige) Ministerium für Frauen und Gesundheit veröffentlichte im Juni 2017 erneut Empfehlungen für den „Behandlungsprozess bei Transsexualismus“,<sup>35</sup> in welchen die vom VwGH im Jahre 2009 aufgestellten Kriterien bestätigt wurden.

Obwohl seit der E des VfGH im Jahr 2009 der Operationszwang weggefallen ist,<sup>36</sup> blieb eine Reform im Abstammungsrecht bis heute aus. Damit richtet sich die Zuweisung der

---

31 VfGH 8.6.2006, V 4/06.

32 BMI 27.11.1996, 36.250/66-IV/4/96.

33 VwGH 27.2.2009, 2008/17/0054.

34 VfGH 3.12.2009, B 1973/08.

35 *BMG*, Empfehlungen für den Behandlungsprozess bei Geschlechtsdysphorie bzw Transsexualismus nach der Klassifikation in der derzeit gültigen DSM bzw ICD-Fassung, Stand 20.6.2017, [bmgf.gv.at/cms/home/attachments/0/8/8/CH1454/CMS1405604065941/empfehlungen\\_transsexualismus2017.pdf](http://bmgf.gv.at/cms/home/attachments/0/8/8/CH1454/CMS1405604065941/empfehlungen_transsexualismus2017.pdf) (22.9.2018).

36 VfGH 3.12.2009, B 1973/08.

Elternschaft für Transgender-Personen nach dem geltenden Abstammungsrecht, das in den §§ 143ff ABGB Mutter- und Vaterschaft nicht nur begrifflich trennt, sondern auch beim Zugang zur jeweiligen Elternschaft unterscheidet.

### 2.3.3. Konzept der „automatischen“ Mutterschaft

„Mater semper certa est“, einer der ältesten Grundsätze des Abstammungsrechts, scheint nicht nur durch fortpflanzungsmedizinische Neuerungen<sup>37</sup> in Frage gestellt.<sup>38</sup> Auch Trans- (und Inter-)Geschlechtlichkeit lassen seine Sinnhaftigkeit und Richtigkeit hinterfragen. Gem § 143 ABGB ist die „Mutter [...] die Frau, die das Kind geboren hat.“ Das dt Pendant (§ 1591 dBGB) enthält denselben Wortlaut. Sowohl das dt als auch das österr Recht geben damit eindeutig vor, dass es nicht auf die genetische Abstammung, sondern auf die Geburt ankommt. Die Bestimmungen stellen einerseits auf das Geschlecht als „Frau“, andererseits auf die spezifische Reproduktionsfähigkeit (Gebärfähigkeit) ab. Bei Transgender-Personen stimmen diese Voraussetzungen jedoch nicht überein. Da das österr Recht, wie erwähnt, keine Bestimmungen zum Umgang mit bestehenden oder entstehenden Eltern-Kind-Verhältnissen bei Transgender-Personen kennt, ist zu überlegen, ob gem § 143 ABGB ein (rechtlicher) Mann Mutter eines Kindes sein kann und muss. Dafür bedarf es einer Auslegung des Begriffs „Frau“ in dieser Bestimmung. Würde lediglich auf den Wortlaut abgestellt werden, könnte das „Geburtsgeschlecht“ gemeint sein, oder aber das rechtliche Geschlecht im Zeitpunkt der Geburt des Kindes. Ersteres würde zu dem Ergebnis führen, dass die Bestimmung in ihrer jetzigen Form auch auf Transgender-Personen anwendbar ist. Nach der systematischen Interpretation, die auch den Sinn des Abstammungsrechts als Ganzes vor Augen hat, soll nicht die bloße Anknüpfung an das Kriterium der Zeugung oder Geburt ausschlaggebend sein, sondern der dadurch verfolgte Absicherungsgedanke: Ein Kind soll von Geburt an einer Person zugewiesen sein, die Pflege und Erziehung ausübt.<sup>39</sup> Hat eine Person die Elternschaft als Vater ab Geburt inne, kann das Kindeswohl nicht gegen eine solche Auslegung sprechen. Somit ermöglicht die systematische Interpretation die Auslegung des § 143 ABGB in der Hinsicht, dass diese Bestimmung auf Personen, die personenstandsrechtlich dem männlichen Geschlecht zugehören und die Väter sein wollen, nicht anwendbar sein muss. Gerade im Bereich der Transgeschlechtlichkeit und Transidentität nach Personenstandsänderung muss der Wunsch der betroffenen Person berücksichtigt werden.<sup>40</sup> Eine andere Auslegung impli-

37 Wie etwa durch die in Ö im Umkehrschluss zu § 3 FMedG (Bundesgesetz, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung getroffen werden [Fortpflanzungsmedizinengesetz – FMedG] BGBl 1992/275 idF BGBl I 2018/58) verwaltungsrechtlich verbotene Leihmutterchaft.

38 *Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 143 Rz 1 (Stand 1.5.2017).

39 *Greif*, Tertium NON datur: Zweigeschlechtlichkeit als „Prinzip der österreichischen Gesamtrechtsordnung“?, *VerfBlog* v 13.11.2017 (Fn 23).

40 Dass ein rechtlicher Mann, der ein Kind gebärt, im Rechtssinn als Vater gilt, ist im EU-Vergleich nicht neu. So entschied ein schwedisches Gericht, dass ein Transgender-Mann nach der Geburt seines Kindes als Vater einzutragen ist (*NN v Socialstyrelsen*, 14.5.2014, 24685-13); *Scherpe/Dunne*, the Legal Status of Transsexual and Transgender Per-

ziert, dass das Geschlecht weniger bedeutend ist als die Gebärfähigkeit. Dies hätte zur Konsequenz, dass eine Person immer als Frau anzusehen ist, solange es ihr möglich ist, Kinder zu gebären. Der VfGH hat jedoch im Jahr 2009 entschieden, dass die Unmöglichkeit der Fortpflanzungsfähigkeit keine Voraussetzung für die Änderung des Geschlechts sein darf. Das Abstammungsrecht hinkt den durch die Jud eröffneten (rechtlichen) Möglichkeiten hinterher. Das ermittelte Ergebnis scheint demnach für das österr Recht solange sinnvoll, als dass die Kategorien Geschlecht und Gebärfähigkeit zur Erlangung der Mutterschaft verknüpft werden.

Im konkreten Fall argumentierte der dt BGH, dass der Status als Mutter oder Vater durch Geburt oder Zeugung festgelegt wird und einer Veränderung nicht zugänglich ist. Der Gerichtshof offenbart damit eine ihm in seiner Beurteilung zugrundeliegenden Vermutung eines Auseinanderklaffens der elterlichen Interessen und der Kindesinteressen. Das Kindeswohl wird in diesem Fall *ex ante* als gefährdet angesehen, da eine Person den abstammungsrechtlichen Grundsatz „Mater semper certa est“ verletzt. Das Gericht nimmt damit einerseits die Auslegung der betreffenden Bestimmung im dTSG vor, die das rechtliche Geschlecht ausblendet und rein auf das Faktum Geburt abstellt; eine solche Auslegung kann, wie oben gezeigt, für das österr Recht nicht getroffen werden. Für den dt Fall kann aber dennoch angemerkt werden, dass der Gerichtshof unberücksichtigt lässt, dass der Wunschstatus Vater sich bei Zuerkennung nicht geändert hätte, da das Kind nach Änderung des Geschlechts und auch als erstes Kind des Betroffenen geboren wurde. Die Frage, ob ein Elternteil für alle Kinder denselben Status haben soll – oder aber auch etwa Vater des einen und Mutter des anderen Kindes sein kann – hätte das Gericht hier nicht beantworten müssen.<sup>41</sup>

### 2.3.4. Erlangung der Vaterschaft

Der Gerichtshof hielt auch fest, dass die rechtlichen Kategorien Vater- und Mutterschaft nicht beliebig austauschbar seien und die Zuordnung zur Mutterschaft in diesem Fall „systemgerecht“ schon daher vorzunehmen ist, da erst die Zuordnung zu einer Mutter den Weg zum Vater eröffnet. Interessant ist die offensichtliche Unmöglichkeit der fakultativen Einflussnahme auf die Mutterschaft. Mutterschaft kann nicht etwa freiwillig, bspw mittels Anerkenntnis, erlangt werden, wie dies bei einem Vaterschaftsanerkenntnis der Fall ist.<sup>42</sup> Da im vom BGH zu entscheidenden Fall die Eintragung der Vaterschaft

---

sons – Comparative Analysis and Recommendations, in *Scherpe*, the Legal Status of Transsexual and Transgender Persons (2015) 659.

41 In manchen Rechtsordnungen richtet sich die Elternschaft nur nach dem „neuen“ Geschlecht und erlaubt somit die Konstellation, dass eine Person, die ein Kind vor und ein Kind nach Änderung des Geschlechts gebärt, sowohl Mutter als auch Vater ist (dies gilt zB für das belgische Recht); *Scherpe/Dunne* in *Scherpe* 659.

42 *Wendehorst*, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung und Abstammungsrecht, in RdM 38: Das Recht der Fortpflanzungsmedizin (2015) 112, 114f.

verwehrt wurde, widmete sich der Gerichtshof den unterschiedlichen Voraussetzungen für Mutter- und Vaterschaft nicht. Dies soll hier für das österr Recht nachgeholt werden. Im Gegensatz zur Erlangung der Mutterschaft, wird Vaterschaft nicht in jedem Fall automatisch zugewiesen. Die Voraussetzungen zur Erlangung der Vaterschaft finden sich in den §§ 144 f ABGB. Gem § 144 Abs 1 ABGB ist Vater des Kindes der Mann, der mit der Mutter im Zeitpunkt der Geburt verheiratet ist oder als Ehemann der Mutter nicht früher als 300 Tage vor der Geburt des Kindes verstarb (Z 1). Liegt keine Ehe vor, kann Vater der Mann werden, der die Vaterschaft anerkannt hat (Z 2) oder dessen Vaterschaft gerichtlich festgestellt ist (Z 3). Das Konzept der Vaterschaft im österr Recht ist sowohl vom Gedanken der biologischen Abstammung (gerichtliche Feststellung) als auch vom Streben nach Wahrung der sozialen Familie und damit des Schutzes der sozialen Elternschaft (automatische Vaterschaft bei ehelichem Kind und Anerkenntnis) durchzogen. Das Gesetz nimmt damit in Kauf, dass ein Mann auch dann Vater ist, wenn das Kind biologisch nicht von ihm abstammt.

Die Aussage des dt BGH, erst die Zuweisung zur Mutter eröffne den Weg zur Vaterschaft, ist zwar auch für das österr Recht zu bejahen, jedoch bestünde die Möglichkeit, ein Anerkenntnis zu erlauben, da evident ist, wer das Kind geboren hat. Das Vaterschaftsanerkenntnis ist in den §§ 145f ABGB geregelt. Da das Formular, mit dem die Anerkennung beantragt wird, eine Bestätigung verlangt, mit der Mutter Geschlechtsverkehr gehabt zu haben, wäre – *de lege ferenda* – die Änderung dieser Voraussetzung dahingehend notwendig, dass die Vaterschaft für die Person, die das Kind geboren hat, ebenso erlangt werden kann. Eine Alternative wäre die Anwendung des § 144 Abs 1 ABGB auf Männer, die das Kind selbst geboren haben. Die gerichtliche Feststellung würde sich ebenso als Option anbieten, ist aber mE den anderen Optionen auf Grund der Notwendigkeit der gerichtlichen Einschaltung nachrangig.

### 2.3.5. *De lege ferenda*: Schaffung eines geschlechtsunabhängigen Abstammungsrechts

Die vorgehenden Überlegungen zum Umgang mit Transgender-Personen angesichts der *de lege lata* bestehenden Verknüpfung von Geschlecht und Elternschaftskategorien zeigen die Komplexität des bestehenden Systems. Zwar bringt der dt BGH vor, dass keine Verpflichtung zur Schaffung eines „geschlechtsneutralen“ Abstammungsrechts bestünde. Eine (einfache) Möglichkeit des Rechts, auf gesellschaftliche Veränderungen zu reagieren, bestünde jedoch in der Abschaffung der Terminologie (Vater/Mutter) und der dadurch erreichten Schwächung ihres Bedeutungsgehalts. Die Einführung eines geschlechtsunabhängigen Abstammungsrechts – etwa mittels Ersatz durch den Terminus Elternteil<sup>43</sup> – stünde im Zeichen der Gleichberechtigung beider Eltern und würde dies auch begrifflich zum Ausdruck bringen. Ob eine Transgender-Person im konkreten Fall Mutter oder

---

43 Dieser Terminus ist der österreichischen Rechtsordnung bereits bekannt (s Fn 5).

Vater sein möchte, ist nicht verallgemeinerungsfähig.<sup>44</sup> Weist das Gesetz jedoch jeder Transgender-Person, die ein Kind gebärt, die Mutterschaft zu, wird die betroffene Person in der vollen Anerkennung ihrer geschlechtlichen Identität beeinträchtigt. *Scherpe* weist auch richtigerweise darauf hin, dass die Neutralität der Eltern-Kind-Zuordnung an den sozialen Kategorien und privaten Bezeichnungen („Mama“, „Papa“ oder der Name des Elternteils) nichts zu ändern vermag.<sup>45</sup> Insofern würde gerade ein geschlechtsunabhängiges Abstammungsrecht Transgender-Personen verhelfen, ihre Präferenz in Bezug auf die Elternschaft wahrzunehmen.

Der *Arbeitskreis Abstammungsrecht*, ein vom dt Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz interdisziplinär besetzter ExpertInnenkreis, veröffentlichte 2017 seinen Abschlussbericht, in welchem er Empfehlungen für eine Reform des dt Abstammungsrechts herausarbeitete.<sup>46</sup> Darin wagte er sich in seinen Empfehlungen an die Schaffung einer vom Geschlecht unabhängigen Eltern-Kind-Zuordnung heran, indem er etwa abstrakt die Zuweisung zur Mutterschaft als Primärzuordnung bezeichnet. Nichtsdestotrotz rüttelte er nicht an der verwendeten Terminologie und hielt dazu in Bezug auf die Elternschaft von inter- und transgeschlechtlichen Personen fest, dass dem Kind an erster Elternstelle die Person zugewiesen werden soll, die es geboren hat.<sup>47</sup> Die zweite Elternstelle wird ebenfalls unabhängig vom Geschlecht vergeben. Jedoch hielt sich der Arbeitskreis mit einer terminologischen Entscheidung zurück. Die Frage, mit welchem Geschlecht und mit welcher Bezeichnung – wobei der Arbeitskreis als Möglichkeit durchaus „(weiterer) Elternteil“ nennt – die Eltern in das Geburtenregister einzutragen sind, lässt er unbeantwortet. Die Vorschläge des Arbeitskreises sind grundsätzlich begrüßenswert, geben sie zumindest die Richtung für eine progressive Zuordnung zur Elternschaft vor. Va im Hinblick auf die Anerkennung von inter- und transgeschlechtlichen Personen wäre jedoch gerade die Abschaffung der einschränkenden Bezeichnungen wünschenswert gewesen, da so die (vom dt BGH bestätigte) Ausgangssituation unverändert bleibt: Die Zuweisung zur Mutterschaft erfolgt für einen Transgender-Mann uneingeschränkt.

### 3. Conclusio

Solange die Eltern-Kind-Zuordnung auf den Begrifflichkeiten der Vater- und Mutterschaft beruhen, sind all jene Personen, die sich nicht in die binäre Geschlechterordnung einordnen können, zumindest begrifflich dem herrschenden System nicht zuordenbar, ohne ihr Recht auf Anerkennung der geschlechtlichen Identität zu verletzen. Die Diskussion in Deutschland lässt angesichts des Abschlussberichts des Abstammungskreises hof-

---

44 *Scherpe/Dunne* in *Scherpe* 659, 662, 663.

45 *Scherpe/Dunne* in *Scherpe* 660.

46 *Arbeitskreis Abstammungsrecht*, Abschlussbericht. Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts (2017) 74; BGH 6.9.2017, XII ZB 660/14 (*Tolmein*).

47 *Arbeitskreis Abstammungsrecht*, Abschlussbericht 74.

fen, dass auch Ö sich in naher Zukunft mit dem (dringenden) Reformbedarf im Abstammungsrecht auseinandersetzen wird.<sup>48</sup> Anstoß dafür gab auch die kürzlich ergangene E des VfGH,<sup>49</sup> in welcher der Gerichtshof eine verfassungskonforme Interpretation von § 2 Abs 2 Z 3 PStG 2013 fordert. Wird eine dritte, wie auch immer ausgestaltete Geschlechtsoption geschaffen, stellt sich auch hier die Frage, wie diese in das bestehende Abstammungsrecht integriert werden kann.<sup>50</sup>

Mag.<sup>a</sup> Ute Schreiner war Universitätsassistentin am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung; ute.christiana.schreiner@univie.ac.at

---

48 Die 2017 veröffentlichte Stellungnahme der Bioethikkommission zu Intersexualität und Transidentität beschäftigt sich mit den Fragen des Abstammungsrechts nur am Rande (Stellungnahme der Bioethikkommission, Intersexualität und Transidentität [2017] 48).

49 VfGH 29. 6. 2018, G 77/2018; *Neumayr*, Verfassungsgerichtshof: „unbestimmtes“, nicht „drittes Geschlecht“, ÖZPR 2018, 127f.

50 Zur dt Rechtslage s *Jäschke*, Das „dritte Geschlecht“ und das Abstammungsrecht, FamRZ 2018, 887f.

# Häfn oder Reden?

Praxisbericht zu gerichtlich angeordneter Therapie und deren Wirkung bei Suchtmittelabhängigen

Ursula Zeisel / Martin Weber

---

## 1. „Therapie statt Strafe“ – ein *good practice*-Modell?

In der Tageszeitung „Der Standard“ vom 16.7.2018 empfiehlt der ehemalige NATO-Generalsekretär, nunmehriges Mitglied der Global Commission on Drug Policy, *Javier Solana*, in der weltweiten Drogenpolitik neue Wege zu gehen und erfolgreiche Maßnahmen einzelner Länder als *good practice*-Modelle zu übernehmen, und nennt im Falle Ö explizit das Modell „Therapie statt Strafe“. Er sieht im Austausch über dieses und andere Modelle eine Möglichkeit für Europa, „sich für seine menschenzentrierten Ansätze einzusetzen und die Schikanen gegen Menschen, die Drogen konsumieren, zu beenden.“<sup>1</sup> In dieser Aussage führt *Solana* zwei Grundgedanken für den Umgang mit straffällig gewordenen SuchtmittelkonsumentInnen ins Feld, die dazu geführt haben, delinquentes Verhalten von Suchtmittelabhängigen eher als gesundheitspolitisches Thema zu betrachten denn als juristisches.

## 2. Suchtkranke unterstützen, DealerInnen strafen

Dieser Ansatz wurde in der sog „Einzigsten Suchtgiftkonvention“<sup>2</sup> 1961 festgelegt. Darin ist die Verpflichtung aller teilnehmenden Staaten festgeschrieben, „die erforderlichen Maßnahmen, um jedes gegen dieses Übereinkommen verstoßende Anbauen, Gewinnen, Herstellen, Ausziehen, Zubereiten, Besitzen, Anbietung, Feilhalten, Verteilen, Kaufen, Verkaufen, Liefern[...], Vermitteln, Versenden [...] –, Befördern, Einführen und Ausführen von Suchtgiften sowie jede [...] gegen dieses Übereinkommen verstoßende sonstige Handlung, wenn vorsätzlich begangen, mit Strafe zu bedrohen sowie schwere Verstöße angemessen zu ahnden, insbesondere mit Gefängnis oder sonstigen Arten des Freiheitsentzugs.“<sup>3</sup> Gleichzeitig kann als Alternative zur Bestrafung oder als zusätzliche Maßnahme vorgesehen werden, „daß derartige Süchtige Maßnahmen der Behandlung, Auf-

---

1 *Solana*, Plädoyer für ein Umdenken in der Drogenpolitik, Der Standard v 16.7.2018.

2 Einzige Suchtgiftkonvention 1961 samt Anhängen sowie Erklärung der Republik Österreich zu Artikel 36 und Protokoll, mit dem die Einzige Suchtgiftkonvention 1961 abgeändert wird, BGBl 1978/531 idF BGBl I 2008/2.

3 Art 36 Abs 1 lit a Suchtgiftkonvention 1961.

klärung, Nachbehandlung, Rehabilitation und der sozialen Wiedereingliederung [...] unterzogen werden.“<sup>4</sup>

Wie viele andere europäische Staaten auch schuf Ö derartige rechtliche Möglichkeiten. Die Haltung „Helfen statt Strafen“ setzte sich in Ö verstärkt in den frühen 1970er-Jahren durch.<sup>5</sup> Sie findet sich auch bis heute in den Drogenkonzepten der Bundesländer wieder. Exemplarisch kann das Wiener Drogenkonzept herangezogen werden, in dem ein breiter Konsens darüber besteht, dass Suchtkranke va ins Suchthilfesystem eingebunden werden sollten.<sup>6</sup> Die Möglichkeit, statt einer Haftstrafe eine Behandlung anordnen zu können, wurde mit der Suchtgiftnovelle 1985<sup>7</sup> festgeschrieben und im Laufe der Jahre weiter ausgebaut. Das führte dazu, dass die Behandlung unter dem Schlagwort „Therapie statt Strafe“ zum fixen Bestandteil der österr Rsp wurde.<sup>8</sup> Wenn *Solana* auf diese Praxis rekurriert, so bezieht er sich nicht so sehr auf die prinzipielle Möglichkeit, die es auch in vielen anderen europäischen Staaten gibt, sondern auf die bewährte Umsetzung dieser Paragraphen.

Was bedeutet konkret „Therapie statt Strafe“? Bei einer Verurteilung wegen bestimmter Suchtmitteldelikte bzw bestimmter Delikte iZm der Beschaffung von Suchtmitteln (sog „Beschaffungskriminalität“) bestehen folgende Alternativen zur Bestrafung gem Suchtmittelgesetz (SMG)<sup>9</sup>: (i) Vorläufiger Rücktritt von der Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft oder (ii) vorläufige Einstellung des Verfahrens durch das Gericht für eine Probezeit von einem Jahr bis zu zwei Jahren bzw (iii) Aufschub des Strafvollzuges (§§ 35 ff SMG). Die Voraussetzung dafür sind gesundheitsbezogene Maßnahmen (bspw ärztliche Behandlung einschließlich Entzugs- und Substitutionsbehandlung, Psychotherapie, § 11 Abs 2 SMG), denen sich der/die Beschuldigte bzw Verurteilte unterziehen muss.

Es obliegt den RichterInnen, festzulegen, welche Behandlungsformen als Auflage erfolgen müssen, ebenso können sie entscheiden, ob diese stationär oder ambulant erfolgen müssen.

### 3. Suchthilfeeinrichtungen als Partnerinnen der Gerichte

Im Abs 3 des § 11 SMG sind jene Einrichtungen angeführt, die insb für die Umsetzung der Maßnahmen der klinisch-psychologischen bzw psychosozialen Beratung und Psychotherapie infrage kommen. Während medizinische Leistungen auch durch niedergelassene ÄrztInnen erfolgen können, werden psychosoziale Angebote va von Suchthilfeeinrichtungen abgedeckt. Diese können regelmäßige Betreuungen über einen langen Zeitraum für die KlientInnen kostenfrei anbieten, ohne dass die KlientInnen dafür zahlen

4 Art 36 Abs 1 lit b Suchtgiftkonvention 1961.

5 *Matzka/Zeder/Rüdisser*, SMG<sup>3</sup> (2017) XLIII.

6 *Drogenkoordination Wien* (Hrsg), Wiener Drogenkonzept (1999) *passim*.

7 Bundesgesetz vom 17. April 1985, mit dem das Suchtgiftgesetz 1951 geändert wird, BGBl 1985/184.

8 *Eisenbach-Stangl/Pilgram/Reidl*, Wiener Drogenpolitik 1970 bis 2005 (2008) *passim*.

9 SMG, BGBl I 112/1997 idgF.

müssen. Die Kosten werden von der Justiz übernommen, eine wichtige Voraussetzung, da sich den Erfahrungen der AutorInnen zufolge oft zeigt, dass gerade diese Klientel über wenig finanzielle Mittel verfügt.

Einrichtungen, die Personen mit einer Auflage zu einer gesundheitsbezogenen Maßnahme (sog „WeisungsklientInnen“) betreuen wollen, müssen sich einer Prüfung durch das für die Gesundheit zuständige Bundesministerium unterziehen (§ 15 SMG). Gleichzeitig hat das Ministerium dafür zu sorgen, dass ausreichende Behandlungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Insg kooperieren die meisten der etablierten Suchthilfeeinrichtungen in Ö als sog „§ 15-Einrichtungen“ mit der Justiz. Der Kontakt mit den zuständigen RichterInnen gestaltet sich allerdings sehr unterschiedlich und auch die Behandlungen finden zwar nach festgelegten Standards statt, unterscheiden sich aber in ihrer Ausformung. Dadurch können die Beschuldigten bzw Verurteilten den Auflagen dort nachkommen, wo sie ihre Bedürfnisse am besten befriedigt sehen. Das ist dann von besonderer Bedeutung, wenn sie mit einer Einrichtung bereits Erfahrungen gemacht oder sich schon vor der Verurteilung in Behandlung befunden haben.

Was passiert also, wenn ein/e KlientIn eine entsprechende Auflage erhält? Festgesetzt ist in der gerichtlichen Entscheidung zumeist ein Zeitpunkt, bis wann die Person den Beginn der gesundheitsbezogenen Maßnahme bekannt geben muss. In der Folge ist sie zur Beibringung von Bestätigungen über die laufende Betreuung – oft im Abstand von drei bis vier Monaten – verpflichtet.

Die Einrichtungen, die nach § 15 SMG KlientInnen betreuen, verfügen idR über einen Vertrag mit dem für Justiz zuständige Ministerium bezüglich der Kostenübernahme für die Behandlung. Der Nachweis über die Behandlungsfrequenz wird von den Einrichtungen übermittelt.

#### 4. „WeisungsklientInnen“ als spezielle Zielgruppe in der Suchthilfe

Für die Suchthilfe stellen KlientInnen mit einer gerichtlichen Auflage in mehrerlei Hinsicht eine besondere Herausforderung dar: Anders als beim Gros der KlientInnen stellt sich die Frage nach dem/der AuftraggeberIn. Durch die Vorgabe der Art der gesundheitsbezogenen Maßnahme wird von dem/r RichterIn bereits in die Behandlung eingegriffen, bevor die Bedürfnisse der betreffenden Person von ExpertInnen abgeklärt wurden. Im Erstgespräch gilt es daher, nicht nur die Anliegen und Ziele des Klienten/der Klientin zu erheben und danach die bestmögliche Therapieform zu finden, sondern klar die Erfüllung der Auflage im Auge zu behalten. Als Bsp sei hier Psychotherapie genannt, die etwa für instabile KonsumentInnen mit massiven sozialen Problemen, zB Wohnungslosigkeit, am Beginn einer Betreuung selten infrage kommt. Auch die Vorgabe der medizinischen Behandlung, etwa ein stationärer Entzug, ist in manchen Fällen (noch) nicht indiziert. Hier ist eine Rücksprache vonseiten der Behandelnden mit den zuständigen RichterInnen notwendig.

Nicht vergessen werden sollte, dass sich auch die fachliche Einschätzung der BetreuerInnen nicht immer mit den Wünschen und Zielen des Klienten/der Klientin deckt, etwa

wenn deren Realisierbarkeit als sehr gering eingeschätzt werden muss. Daraus kann sich die Situation ergeben, dass drei divergierende Ideen zur Behandlung am Ende der Abklärung stehen oder die fachliche Einschätzung im Widerspruch zu den Vorstellungen sowohl des Richters/der Richterin als auch des Klienten/der Klientin steht. Ein Einvernehmen herzustellen ist daher von größter Bedeutung.

Eine weitere Herausforderung stellt der Zwangskontext dar: Zwar begreifen viele die gesundheitsbezogene Maßnahme als Chance oder als Motivation, ihre Suchterkrankung zu behandeln, es gibt aber auch jene, die sie in Kauf nehmen, um einer Haftstrafe zu entgehen. Aufgabe der BetreuerInnen ist es dann, diese KlientInnen von der Sinnhaftigkeit einer Therapie und/oder Behandlung zu überzeugen. Dies geschieht, indem Veränderungspotenziale identifiziert werden, in denen die KlientInnen einen Gewinn an Lebensqualität erkennen. Dennoch muss darauf geachtet werden, dass die Verantwortung für die Nutzung der zur Verfügung gestellten Zeit und professionellen Unterstützung bei den KlientInnen bleibt.

Damit ist schon die dritte Besonderheit genannt, welche die Zielgruppe ausmacht: die Parteilichkeit. In der Betreuung und Behandlung ist die Parteinahme für die KlientInnen Voraussetzung, um ein Vertrauensverhältnis und eine Beziehung aufzubauen, die wiederum für einen Therapieerfolg von größter Bedeutung sind. Wenn KlientInnen im Gespräch mit ÄrztInnen, TherapeutInnen, PsychologInnen oder psychosozialen BetreuerInnen Themen nicht offen ansprechen können, werden Veränderungen kaum möglich sein, etwa wenn es um so heikle Themen wie erfahrene oder ausgeübte Gewalt oder strafrechtlich relevante Aktivitäten nach dem SMG geht. Gerade deshalb unterliegen Suchthilfeeinrichtungen einer strengen Verschwiegenheitspflicht. Im Falle von KlientInnen, die sich einer angeordneten gesundheitsbezogenen Maßnahme unterziehen, kann das dann zum Dilemma führen, wenn die Auflage nicht in befriedigendem Maße erfüllt wird. Zwar wird mit den KlientInnen eine klare Vereinbarung über die Einhaltung getroffen, dennoch wird der/die BetreuerIn in manchen Fällen von dem Klienten/der Klientin in die Rolle jener Instanz gedrängt, die über die Möglichkeit der Fortführung der Therapie als Strafersatz entscheidet. Das kommt besonders dann zum Tragen, wenn Termine nicht oder kaum eingehalten werden oder Therapieziele in grobem Maß vernachlässigt werden. Aus Sicht der Behandlung stellt sich in diesen Fällen nicht nur die Frage, ob der/die KlientIn die Auflagen nicht erfüllen will oder ob er/sie es nicht kann, sondern auch, was etwa eine Haftstrafe für den Suchtverlauf bedeuten würde: Es kann durchaus vorkommen, dass der Haftantritt auch aus therapeutischer Sicht als sinnvoll erachtet wird, in anderen Fällen müssen die BetreuerInnen einen Ausweg aus dem Dilemma zwischen Auflage, fachlicher Einschätzung und realem Verhalten des Klienten/der Klientin finden.

Für all diese Problemstellungen gilt es, Lösungen zu finden. Notwendig ist dabei für die Suchthilfeeinrichtung, eine klare Haltung zu beziehen und im Rahmen der Qualitätssicherung unter Berücksichtigung aller genannten Aspekte zu geregelten Abläufen in der Behandlung von „WeisungsklientInnen“ zu kommen. Wie diese aussehen können, soll am Bsp des Vereins *Dialog* erläutert werden.

## 5. Leitlinien und Umsetzung im Verein *Dialog*

Der Verein *Dialog* (iF: Dialog) ist eine der ältesten und größten ambulanten Suchthilfe-einrichtungen in Wien.<sup>10</sup> An vier Standorten werden KonsumentInnen von Suchtmitteln, Suchtmittelabhängige und deren Angehörige betreut, wobei einer dieser Standorte einen Schwerpunkt auf die Reintegration in den Arbeitsmarkt legt. An diese können sich auch KlientInnen mit einer gerichtlichen Auflage wenden. Weiters betreut der Dialog InsassInnen in den Polizeianhaltezentren und setzt mit einem eigenen Standort suchtpreventive Angebote um. Im Jahr 2017 haben insgesamt 6.986 Personen im Dialog Beratung, Betreuung und/oder Behandlung in Anspruch genommen, davon 477 Angehörige.<sup>11</sup>

Um Qualität sicherzustellen, ist der Dialog seit 2001 nach ISO zertifiziert.<sup>12</sup> Das bedeutet, dass sämtliche Bereiche transparent und effizient strukturiert sind. In der KlientInnenarbeit bilden erarbeitete Standards die Grundhaltungen, etwa in der geschlechtsspezifischen Arbeit oder in der Arbeit mit Jugendlichen, ab. Davon abgeleitet sind Leitlinien, die gemeinsam erarbeitet werden und die für die MitarbeiterInnen verbindliche Vorgehensweisen festlegen. Diese Leitlinien integrieren rechtliche Vorgaben, fachliche Aspekte und konkrete Realitäten der Organisation. So dient etwa die Leitlinie für die Verschreibung von Benzodiazepinen (Schlaf- und Beruhigungsmittel) zur Orientierung für ÄrztInnen, drückt aber auch die Haltung des Dialogs aus.

Die Vorgaben sehen jedoch immer auch Ermessensspielraum des Behandlers/der Behandlerin vor, und im Einzelfall sind immer die Ziele und Wünsche der PatientInnen in die Entscheidungsfindung miteinzubeziehen. Genau das wird im Dialog versucht zu leben und umzusetzen. Leitlinien werden als hilfreiches Unterstützungsinstrument erlebt und garantieren KlientInnen eine relative Gleichbehandlung.

In der aktuellen Leitlinie *Gerichtsweisungen* (Version 5) wird Folgendes beschrieben: Eine Aufzählung gibt einen Überblick, welche Weisungen im Dialog absolviert werden können. Es sind dies die sog *Anzeigenzurücklegungen* gemäß § 35 und § 37 SMG<sup>13</sup> sowie Weisungen nach § 39 SMG und Suchtmittelweisungen nach § 51 StGB. Nicht behandelt werden können andere forensische Therapien wie Alkoholweisungen gemäß § 51 StGB oder Auflagen gemäß § 107 Abs 3 Z 3 AußStrG (Teilnahme an Beratung oder Schulung zum Umgang mit Gewalt und Aggression). Für gewöhnlich werden im Dialog alle KlientInnen medizinisch und psychosozial betreut.

Zu Beginn steht eine multiprofessionelle Abklärung. Bei WeisungsklientInnen wird ein zusätzliches bes Augenmerk auf die rechtlichen Rahmenbedingungen gelegt. Sämtliche gerichtlichen Schriftstücke werden genauestens dokumentiert und interpretiert. Klient-

---

10 S die Webpage des Vereins unter [dialog-on.at](http://dialog-on.at) (22.9.2018).

11 *Dialog*, Jahresbericht 2017, [dialog-on.at/sites/default/files/downloads/dialog\\_jahresbericht\\_2017.pdf](http://dialog-on.at/sites/default/files/downloads/dialog_jahresbericht_2017.pdf) (22.9.2018) 14 ff.

12 Aktuell nach ISO 9001:2015.

13 Gemeint sind damit die Fälle, in denen die Staatsanwaltschaft von der Verfolgung zurücktritt oder es zu einer vorläufigen Einstellung durch das Gericht kommt. Anzumerken ist hier, dass seit der gesetzlichen Novellierung im Jänner 2016 in vielen dieser Fälle nicht mehr mittels gerichtlicher Weisung, sondern mittels Auflage der Gesundheitsbehörde behandelt wird.

tInnen, die bereits in einer unserer Einrichtungen in Betreuung sind und im Verlauf dieser Betreuung eine Weisung gemäß SMG erteilt bekommen, werden bei notwendigen Schritten unterstützt, die Betreuung wird gegebenenfalls verändert.

Für gewöhnlich erfolgt die Betreuung im Dialog auf freiwilliger Basis und ist sehr zieloffen, KlientInnen können sowohl Dauer und Frequenz ihrer Behandlung mitbestimmen, als auch, an welchen persönlichen Inhalten sie arbeiten bzw nicht arbeiten möchten. Für KlientInnen, die die Auflage zu einer Behandlung in einer Suchtberatungsstelle haben, und sich dafür entscheiden, diese Auflage im Dialog zu absolvieren, gelten jedoch andere, klar vorgegebene Rahmenbedingungen, wie das Betreuungs- und Behandlungssetting gestaltet wird. Wenn KlientInnen das nicht in Anspruch nehmen wollen, weisen wir auf andere Stellen hin, in denen sie ihrer Weisung nachkommen können.

Was sind nun diese „besonderen“ Rahmenbedingungen im Dialog? „WeisungsklientInnen“, die nach § 39 SMG oder § 51 StGB verurteilt wurden, werden ausschließlich im Terminbetrieb betreut, das bedeutet, dass sie zu fix vereinbarten Terminen kommen müssen. Andere KlientInnen können auch im Rahmen des niederschwelligeren Ambulanzbetriebes betreut werden. Zudem müssen sie ihre psychosoziale und medizinische Betreuung und Behandlung im Dialog absolvieren.

Eine ärztliche Überwachung des Gesundheitszustands bedeutet, regelmäßig Kontakt mit einem/r Arzt/Ärztin zu haben und mit diesem/r den Suchtmittelkonsum und die medizinischen Konsequenzen zu besprechen. Ziel ist es in jedem Fall, mit medizinischer Unterstützung diesen Konsum zu reduzieren oder abstinent zu werden. Ärztliche Behandlung einschließlich der Entzugs- und Substitutionsbehandlung heißt, dass Medikamente als Unterstützung eingesetzt werden, um eine körperliche und damit auch eine psychische Stabilisierung und Aufrechterhaltung zu erreichen.

In den ersten Monaten einer Weisungsbetreuung sollen psychosoziale Termine zum Aufbau einer tragfähigen Arbeitsbeziehung wöchentlich erfolgen, zu einem späteren Zeitpunkt können sie auch in größeren Abständen von 14 Tagen vereinbart werden. Parallel zu den Behandlungsgesprächen finden bei allen Arten von Weisungen Harnkontrollen in regelmäßigen Abständen statt. Die Ergebnisse werden mit den KlientInnen besprochen und auf Wunsch auch ausgehändigt. Da es sich um einen medizinischen Befund handelt, dürfen sie jedoch nicht von uns an andere Personen oder Behörden weitergegeben werden.

## 6. Ziele einer „Weisungsbetreuung“

Wir verstehen das allg strategische Ziel von Gerichtsweisungen in der Prävention von weiteren Straftaten der KlientInnen. Zudem werden im Verlauf der Abklärungsphase zwei bis fünf Ziele mit den KlientInnen vereinbart, die sich klar an deren Potentialen und Lebenslagen orientieren. Als Konzept dient uns die „Zielpyramide der Suchtbehandlung“ nach *Daniel Meili*<sup>14</sup> mit dem umfassenden Ziel der Steigerung der Lebensqualität.

---

14 *Meili et al*, Jenseits des Abstinenzparadigmas – Ziele in der Suchttherapie (2004).

In dieser Pyramide sind die Stufen von unten nach oben aufgebaut: zuerst Überlebenssicherung, dann Schadensminimierung und zuoberst Stabilisierung und der Ausbau von Fähigkeiten. Je nach Ausgangslage der individuellen Lebens- und Suchtmittelkonsumsituation ist zu entscheiden, auf welcher Ebene die Betreuung angesiedelt ist. Diesen Stufen werden auch die Zielsetzungen angepasst. Häufige Bspen dafür sind etwa Abstinenz oder Entzug von einzelnen Substanzen, wenn diese im Zusammenhang mit dem Delikt, das zur Weisung geführt hat, stehen, oder der Eintritt in eine stabile Substitutionsbehandlung, aber auch soziale Stabilisierung und berufliche Reintegration sowie Schritte zur Schuldenregulierung.

Zielsetzungen sollen die KlientInnen immer in ihrer Entwicklung fördern, aber nicht überfordern. Ggf müssen sie sich krisenhaften oder stabilisierenden Entwicklungen anpassen und entsprechend adaptiert werden. Im Falle der Gefahr der Nicht-Erreichung von grundlegenden Zielen müssen die BetreuerInnen bereits frühzeitig im Verlauf der Betreuung reagieren und die KlientInnen damit konfrontieren, um der Schwierigkeit eines „negativen Abschlussberichts“ an das Gericht ohne Vorwarnung vorzubeugen. „Überlebenssicherung“ alleine ist als Ziel einer Weisungsbehandlung im *Dialog* zu wenig. Gegebenenfalls ist in solchen Fällen iRd Betreuung auf eine stationäre Behandlung hinzuarbeiten. Eine Betreuung kann aus diesen Gründen, aber auch vonseiten des Dialogs, abgebrochen werden oder in Rücksprache mit dem Gericht in eine stationäre Weisungsbehandlung umgewandelt werden.

Eine bes Möglichkeit, die der Dialog anbieten kann, ist eine Weisungsbetreuung mittels Videodolmetscher/in. Wenn KlientInnen nicht ausreichend gut Deutsch sprechen, können sie sehr einfach auch in ihrer Muttersprache betreut werden – ein/e professionelle/r DolmetscherIn wird mittels Videoscreen zugeschaltet und übersetzt alle Gesprächsinhalte. Die Erfahrung zeigt, dass wir durch diese Möglichkeit zusätzliche KlientInnen-Gruppen gewinnen konnten, die vorher nicht im Suchthilfesystem betreut worden sind. So kommen jetzt etwa junge, stark traumatisierte Afghanen in die Standorte, aber auch Georgier und Tschetschenen, die eigentlich sehr skeptisch und zurückhaltend gegenüber öffentlichen Einrichtungen sind, sowie indische MigrantInnen, die in prekären Arbeitsverhältnissen beschäftigt sind. Natürlich haben auch Personen dieser Gruppen gerichtliche Weisungen und durch Video-Dolmetsch überhaupt erstmals die Möglichkeit, diese zu erfüllen. Diese zusätzliche Möglichkeit verursacht allerdings auch zusätzliche Kosten – diese werden im Bedarfsfall immer vor Beginn der Betreuung mit dem Gericht abgeprochen und müssen von diesem bewilligt werden.

## 7. Kommunikation zwischen Suchthilfe und Gericht

Die Kommunikation mit dem Gericht und/oder der Staatsanwaltschaft ist klar geregelt. Grds gilt, dass von MitarbeiterInnen der Suchthilfe dem Gericht oder der Staatsanwaltschaft keine telefonische Auskunft erteilt werden dürfen. Das erfolgt aus Gründen der

gesetzlich geregelten Verschwiegenheit und des Datenschutzes. Auf schriftliche Anfragen wird schriftlich geantwortet – so sieht es auch das SMG in § 15 vor. Berichte und Bestätigungen werden mit der Post geschickt oder von den KlientInnen persönlich auf die zuständige Stelle gebracht. Nur nach ausdrücklicher Rücksprache und mit Zustimmung der KlientInnen nehmen wir in begründeten Ausnahmefällen telefonisch mit dem Gericht Kontakt auf und besprechen oder klären auftretende Probleme und Fragen.

In Fällen, in denen es aus inhaltlichen Überlegungen zu einer Abänderung der konkreten Vorgabe vom Gericht kommt, erfolgt bei der Übernahme in die Betreuung eine Information an das Gericht: In einem ausführlichen Telefonat wird die veränderte Betreuungsförm vorgeschlagen und in den meisten Fällen auch vereinbart. Diese Mitteilung erfolgt auch noch schriftlich. Jede/r KlientIn erhält jederzeit auf Verlangen Bestätigungen, die keine Auskunft über den Betreuungsverlauf oder die Gesprächsinhalte geben, sondern lediglich darüber informieren, ob der/die KlientIn ihrer Weisung nachkommt. Auch das ist so im SMG in § 15 genau beschrieben. Jede/r KlientIn ist selbst dafür verantwortlich, dass das Gericht diese Bestätigungen termingerecht und zuverlässig erhält. Darüber hinaus erfolgt die genaue Aufklärung darüber, dass die Einrichtung bei schriftlichen Anfragen des Gerichts gesetzlich verpflichtet ist, Auskunft darüber zu geben, ob die KlientInnen der gesundheitsbezogenen Maßnahme nachkommen oder nicht bzw im Falle eines vorzeitigen Abbruchs der Weisungsbetreuung darüber, in welchem Zeitraum die KlientInnen der Maßnahme nachgekommen sind.

Eine Weisung nach § 39 SMG erfordert einen ausführlichen Abschlussbericht über den Erfolg der gesundheitsbezogenen Maßnahme. Beschrieben wird, was sich in der Zeit der Betreuung verändert und verbessert hat, wobei wir uns für gewöhnlich am *Modell der 5 Säulen*, einem Konzept der integrativen Therapie von *Hilarion Petzold*, orientieren.<sup>15</sup> Bei allen anderen Weisungen ist kein formeller Abschluss erforderlich, diese laufen mit dem vom Gericht festgelegten Fristende aus.

Bei schwierigen Verläufen von Weisungsbetreuungen, deren erfolgreicher Abschluss nicht bestätigt werden kann, kann bei einer Aussicht auf Verbesserung bzw Stabilisierung des Klienten/der Klientin eine Verlängerung der Weisungsaufgabe bei Gericht beantragt werden. Das ist zwar im Gesetz nicht explizit vorgesehen, es gibt aber in der Praxis Bsp für ein Vorgehen in diesem Sinne. Es gibt aber auch die Möglichkeit, einen Antrag auf vorzeitige Beendigung der Weisungsbetreuung zu stellen, wenn es keinen weiteren nachvollziehbaren Behandlungsbedarf gibt und die Betreuung mind sechs Monate gedauert hat. Hier ist es wichtig, dass die KlientInnen darüber aufgeklärt werden, dass diese vorzeitige Beendigung nicht bedeutet, dass sich die Fristen ändern, in denen das Ermittlungs- und Strafverfahren wiederaufgenommen werden kann. Wenn eine Weisungsbetreuung erfolgreich beendet wird, steht einer freiwilligen Weiterbetreuung im Dialog nichts im Wege – die „strengen“ Rahmenbedingungen gelten dann nicht mehr und es werden neue Vereinbarungen und mögliche Ziele mit den KlientInnen formuliert.

---

15 Petzold, *Angewandtes Psychodrama in Therapie, Pädagogik und Theater* (1993) *passim*.

Anhand der folgenden Fallgeschichte soll demonstriert werden, wie eine angeordnete gesundheitsbezogene Maßnahme im Dialog ablaufen kann.

## 8. Fallgeschichte

Sabine T nutzte im Dialog die „Frauensache“, ein geschlechtsspezifisches offenes Angebot, in dem Klientinnen an einem bestimmten Tag in der Woche ohne Termin neben dem Austausch mit anderen Frauen in einer ähnlichen Lebenssituation auch medizinische Betreuung und psychosoziale Unterstützung erhalten. Es war nicht möglich, mit ihr Ziele festzulegen und an deren Umsetzung zu arbeiten, intensive Gespräche wurden verweigert. Sie vermittelte, dass sie keine Unterstützung notwendig habe und alles gut alleine schaffe. Sie erzählte auch nicht, dass sie immer wieder, wenn sie Benzodiazepine konsumierte, Handlungen setzte, an die sie sich danach nicht mehr erinnern konnte, die sie aber in Schwierigkeiten brachten, darunter Diebstähle. So kam Frau T eines Tages mit einem strafrechtlichen Urteil in die Einrichtung und der Frage, was das zu bedeuten habe. Viele KlientInnen verstehen Urteile und ihre Bedeutung nicht. Bei der Verhandlung sind sie aufgeregt und eingeschüchtert, können sich nicht alles merken und trauen sich auch oft nicht nachzufragen. Und kaum jemand hat einen Anwalt/eine Anwältin oder eine andere Person dabei, die entweder rechtskundig ist oder zumindest den Verhandlungsgang aufmerksam verfolgt. Es ist fast immer notwendig, den KlientInnen das Urteil zu „übersetzen“ und zu erklären.

Sabine T war wegen Diebstahls verurteilt worden und erhielt nach § 39 SMG einen Aufschub des Strafvollzuges. Sie wurde somit zu einer Haftstrafe verurteilt, hatte aber zwei Jahre Zeit, sich im Rahmen einer Drogentherapie zu beweisen, damit diese in eine bedingte Strafe umgewandelt würde. Die Vorstellung einer Haftstrafe ist für die meisten Menschen schlimm, bei Frau T kam die Sorge um ihre Haustiere hinzu. Es gab niemanden, der diese in der Zeit der Haft pflegen könnte. Sie stimmte also zunächst allen Rahmenbedingungen der Einrichtung zu. Das bedeutete: vereinbarte Termine pünktlich und zuverlässig einzuhalten, sich den Fragen eines Betreuers/einer Betreuerin zu stellen, sich mit ihrem Suchtmittelkonsum und den Ursachen dahinter auseinanderzusetzen. Da sie diese Form der Betreuung nicht gewohnt war, bedurfte es einiger Interventionen.

Schon die Zielvereinbarungen waren nicht einfach. Sie lebte nach dem Prinzip „jeder Tag ist gleich und ich schaue in der Früh, was ich heute tun werde bzw muss“. Wir konnten dann gemeinsam drei Ziele definieren: zuverlässiges Einhalten von Terminen, kein Beikonsum zur verordneten Medikation und das Schaffen einer Tagesstruktur. Da Frau T oft zu spät kam oder den Termin vergessen bzw falsch notiert hatte, wurden mehrere Termine auf längere Sicht vereinbart, möglichst zu einer ähnlichen Zeit. Diese wurden ihr schriftlich mitgegeben und sie musste auch unterschreiben, dass eine Nichteinhaltung zur Folge hatte, dass sie sich eine andere Einrichtung zur Absolvierung ihrer Weisungsaufgabe suchen musste. Es war viel Arbeit notwendig, um mit ihr Strukturen zu erarbeiten. Was brauchte sie, um zuverlässig und pünktlich zu sein? Warum war das so schwer für sie?

Dennoch konnten wir im Verlauf der Betreuung dem Gericht mitteilen, dass regelmäßige Termine stattfanden. Frau T hat in dieser Zeit der Weisungsaufgabe tatsächlich ihren Suchtmittelkonsum drastisch reduziert, war freiwillig drei Monate in einer stationären Einrichtung für einen Teilentzug und nahm nur mehr ihre verschriebene Drogenersatzmedikation, die Substitution. Die regelmäßigen Harnkontrollen unterstützen sie in ihrem Ehrgeiz – sie wollte unbedingt sich und uns beweisen, dass sie es schaffen konnte, über einen längeren Zeitraum ohne regelmäßigen zusätzlichen Suchtmittelkonsum auszukommen.

Durch die Strukturierung und Änderung in der Tagesgestaltung traute sie sich auch wieder Arbeit zu. Aus dem Ziel, eine Tagesstruktur zu finden, um nicht weiter „in den Tag hineinzuleben“, wurde das Ziel, einer Beschäftigung nachzugehen. Sie fand auch nach kurzer Suche befristete Arbeit in einem sozialökonomischen Beschäftigungsbetrieb. Da sie ihre Arbeit dort zufriedenstellend erledigte, wurde sie von einem Kunden in ein reguläres Dienstverhältnis übernommen. In diesem ist sie heute beschäftigt. Bis jetzt haben auch keine weiteren Straftaten stattgefunden. Nach Abschluss der Weisungsbehandlung wollte Frau T unbedingt weiter in Betreuung im Dialog bleiben, aber nicht im niederschweligen Angebot „Frauensache“, sondern weiterhin mit regelmäßigen Terminen mit ihren BetreuerInnen.

## 9. Ausblick

Ein Sprichwort sagt: „Man kann keinen Menschen zu seinem Glück zwingen, man kann ihn nur darauf aufmerksam machen. Aber letztendlich ist es seine Entscheidung, was er daraus macht.“ An diesem Bsp sieht man gut, dass sich dies auf diese Form der Betreuung umlegen lässt. Suchthilfeinrichtungen sind es nicht gewohnt, Druck auf ihre KlientInnen auszuüben und mit Konsequenzen zu „drohen“; normalerweise wird in der KlientInnenarbeit viel mit Selbstverantwortung, Hilfe zur Selbsthilfe und Empowerment gearbeitet. Der „sanfte Druck“ jedoch wird inzwischen von vielen Betreuenden als positiv erlebt, weil er neue Perspektiven öffnet und KlientInnen wie Frau T, die sich von sich aus keine Veränderung zutrauen, den Weg in eine unterstützende Einrichtung weisen. Somit profitieren letztendlich alle Beteiligten von der Regelung, wobei nicht verheimlicht werden soll, dass der größte Mehraufwand für die RichterInnen entsteht, da sie die Einhaltung der Auflagen überprüfen müssen. Umso wichtiger ist die gute Zusammenarbeit zwischen der Justiz und der Suchthilfe. Solange jedoch der (politische) Wille besteht, den von *Solana* beschworenen „menschenzentrierten Ansatz“ weiter zu verfolgen, wird die Umsetzung von „Therapie statt Strafe“ als *good practice* in Europa gelten können.

Ursula Zeisel, MAS, arbeitet als psychosoziale Leiterin beim Verein *Dialog*; ursula.zeisel@dialog-on.at

Mag. Martin Weber leitet das Qualitätsmanagement beim Verein *Dialog*; martin.weber@dialog-on.at

# ECRI-Standards: A Benchmark for Austrian Equality Bodies

Silvia Ulrich<sup>1</sup>

---

Before Austria joined the European Union (EU) in 1995, protection against discrimination was only partially achieved. It was through the implementation of the Equal Treatment Directives that a comprehensive non-discrimination regime could finally be realized.<sup>2</sup> The Directives represent an important minimum standard for equality and non-discrimination. But when it comes to legal consequences and legal protection, the requirements remain rather vague. This leaves quite some discretion to the Member States. Nevertheless, reform debates concerning the Directives focused mainly on substantive law – namely on the grounds of discrimination, the hierarchy of these grounds and the lack of consideration of intersectional discrimination.

On the contrary, the organizational structure of law enforcement received very limited attention. This is a major weakness: Law against discrimination will remain an empty promise as long as law enforcement fails due to legal and practical obstacles. In this respect, equality bodies are a key factor for achieving equality and social cohesion. But equality bodies can only fulfil their tasks under adequate framework conditions. With the revision of its General Policy Recommendation (GPR) No 2<sup>3</sup> the European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) has set an important impulse for redefining standards for equality bodies. As long as there is no specification of the standards within the EU<sup>4</sup>, the guidelines of GPR No 2 remain the most important benchmarks for EU Member States. They also represent a sound expertise for the upcoming regulatory process at EU level. In the following, I will compare the status quo of Austrian equality bodies with the core principles of GPR No 2. I will show where Austrian legislation already meets these standards and where there is still need for reform.

---

1 On a personal note: In 1991, *Ingrid Nikolay-Leitner* was entrusted with the task of establishing the Ombud for Equal Treatment. At the same time, the struggle for adequate legal protection at universities started. We were convinced that the constitutional promise of equality could only be fulfilled through effective protection against discrimination. It was a strong patriarchal headwind we were facing during this initial phase and it was good to know that we were not alone. But it was worth all the effort: When it comes to employment and occupation, the Ombud for Equal Treatment is today's most important player for equality and non-discrimination in Austria. And at the universities, equality bodies exist with a broad mandate and with effective instruments of control to ensure equal treatment in the academic world.

2 See Directives 2000/43/EC; 2000/78/EC; 2004/113/EC; 2006/54/EC.

3 CRI (2018) 06; [hudoc.ecri.coe.int/eng?i=REC-02rev-2018-006-ENG](https://hudoc.ecri.coe.int/eng?i=REC-02rev-2018-006-ENG) (accessed 22.5.2018).

4 See Study on Equality Bodies set up under Directives 2000/43/EC, 2004/113/EC and 2006/54/EC (2010).

## European Commission against Racism and Intolerance (ECRI)

Let me start with a brief reminder of the functions of the ECRI. In 1993, the Commission was established by the Council of Europe as a human rights monitoring body. It is responsible for combating all forms of racism and racial discrimination.

“ECRI shall be a body of the Council of Europe entrusted with the task of combating racism, racial discrimination, xenophobia, antisemitism and intolerance in greater Europe from the perspective of the protection of human rights, in the light of the European Convention on Human Rights, its additional protocols and related case law. (...)”<sup>5</sup>

Based on an intersectional approach to discrimination, the Commission understands its mandate in a broad sense. It covers all aspects of racial discrimination, discrimination on the grounds of sexual orientation and gender identity as well as multiple and intersectional discrimination on these grounds and any other grounds covered by Art 14 and Art 1 of the European Convention on Human Rights (ECHR) and Art 1 of Protocol No 12 to the Convention, while also integrating a gender perspective.<sup>6</sup>

In addition to country monitoring, an important part of the statutory work of ECRI is the elaboration of GPRs. These recommendations contain detailed guidelines for the development of national strategies and policies to combat racism and racial discrimination. As of today, ECRI has adopted 16 recommendations. They can be considered an “implementation standard”, as they provide practical guidance on the implementation of the provisions of the ECHR.<sup>7</sup> Policy recommendations are part of the country monitoring and the constructive dialogue between ECRI and the Member States.

GPRs are not legal sources in a formal sense they are used by the European Court of Human Rights (ECtHR) as an interpretation resource. If the Court refers to the implementation standard of a GPR, it becomes binding on the Member State concerned.

## General Policy Recommendation (GPR) No 2

Independent entities play a crucial role in the fight against racism. Therefore, as early as 1997, the commission adopted GPR No 2, entitled “On specialised bodies to combat racism, xenophobia, antisemitism and intolerance at national level”.<sup>8</sup> Twenty years later, in 2017, ECRI decided to revise the recommendation in order to include the experiences and good practices that have developed over the course of time. To reflect both the changed European context and the broad range of entities created by the Member States in the meantime, the original term “national specialised bodies” was replaced by

<sup>5</sup> Art 1, Statute of the European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) Res (2002) 8.

<sup>6</sup> See GPR No 2, para 4b and Explanatory memorandum, para 22.

<sup>7</sup> *Möstl*, Monitoring Human Rights by Council of Europe Bodies: Quo Vadis? in *Benedek et al* (eds), *European Yearbook on Human Rights* 12 (303) 306. See also *Kicker/Möstl*, Standard-setting through Monitoring? The Role of Selected Council of Europe Bodies in the Development of the European Human Rights Order (2012).

<sup>8</sup> CRI (97) 36.

the term “equality bodies”. The revised title of GPR No 2 now reads: “Equality bodies to combat racism and intolerance at national level”.<sup>9</sup>

GPR No 2 intends to strengthen the working conditions of equality bodies. It contains best-practice-standards which shall support Member States in improving the framework conditions for their equality bodies. These best-practice-standards include a coherent institutional architecture, a broad mandate as well as independence and effectiveness. I will look at each of these criteria and outline what their ensemble implies for the situation in Austria.

## 1. Coherent Institutional Architecture

Depending on the legal and administrative traditions of the Member States, equality bodies can take different forms. GPR No 2 does not argue against having more than one equality body.<sup>10</sup> If there are different entities, they can cover one or more grounds of discrimination. However, authorities should ensure coherence between these bodies. This also means that their competences and powers should be levelled up.<sup>11</sup>

Due to the Austrian federal system, a uniform standard does not exist. Instead, there are more than 30 non-discrimination laws which differ in scope, sanctions and enforcement mechanisms.<sup>12</sup> The institutional architecture mirrors this fragmentation: Austria has established a large number of equality bodies both at the national and at the federal states (*Bundesländer*) level. These entities differ considerably in terms of mandate, resources and procedural capacities. People exposed to discrimination are therefore facing multiple problems if they want to enforce their rights. ECRI has also recommended in the fifth monitoring cycle that the Austrian authorities merge the various non-discrimination acts of the federation and the *Bundesländer* in order to improve the protection afforded to victims of racism and discrimination.<sup>13</sup> Therefore, any reform has to address these differences.

## 2. Mandate

GPR No 2 states that the mandate of the equality bodies should individually or collectively cover all grounds of discrimination that are covered by the mandate of ECRI.<sup>14</sup> But the mandates of many equality bodies also cover other grounds mentioned in Art 14 ECHR and Art 1 of Protocol No 12 to the Convention. However, the explanatory memo-

---

<sup>9</sup> CRI (2018) 06.

<sup>10</sup> GPR No 2, paras 5–9.

<sup>11</sup> GPR No 2, para 9; Explanatory memorandum, para 8.

<sup>12</sup> See *Greiff/Ulrich*, Legal Gender Studies und Antidiskriminierungsrecht (2017) Rz 384 subseq.

<sup>13</sup> CRI (2015) 34, paras 12 subseq.

<sup>14</sup> GPR No 2, para 4b.

randum clarifies that the recommendations of GPR No 2 can be applied, *mutatis mutandi*, to equality bodies responsible for these grounds, too.<sup>15</sup>

The mandate should cover all areas in the public and private sector, including commercially or freely available goods and services intended for the public. This open approach avoids any hierarchy of grounds and scope of application. It is obvious that the Austrian legal framework is not in line with this approach: In the sector of goods and services, the mandates of equality bodies at the Bundesländer level cover all grounds of discrimination (listed in the EU treaties). But at the national level in this sector, the mandate of equality bodies only covers discrimination on the grounds of disability, ethnicity and gender. Attempts for a levelling-up have already failed twice.<sup>16</sup> In the light of GPR No 2, the adoption of coherent provisions therefore remains an urgent political task.

GPR No 2 further states that equality bodies should fulfil two core functions: “promotion and prevention” and “support and litigation”. Additionally, they can be equipped with a decision-making function.<sup>17</sup> Let me address this additional function first: Austrian equality bodies do not have the competence to issue legally binding decisions or to impose sanctions. Any decision-making function is entirely assigned to the judiciary. So people who are facing discrimination bear the risk of litigation and the cost risk in civil proceedings. Both risks constitute a major barrier to access to justice. It would therefore be important for equality bodies that their mandate include at least adequate procedural competence and support in court.

As mentioned above, the Ombud for Equal Treatment foresees in its core a promotion and a support function. However, the support function does not extend to legal proceedings which significantly limits the effectiveness of equality work.

According to GPR No 2, one of the key aspects of the litigation function is strategic litigation: In this regard equality bodies should have the competence to bring cases of individual and structural discrimination in their own name before the courts. In fact, the litigation competences of the Ombud for Equal Treatment are rather limited. In 2014, the general reform of administrative jurisdiction abolished the possibility to appeal to the Supreme Administrative Court (VwGH). According to the interpretation of the VwGH, this is not an unplanned loophole.<sup>18</sup> As for civil proceedings, there are only a few cases in which the Ombud can file declaratory actions. Neither the Ombud for Equal Treatment nor the Equal Treatment Commission can file prohibitory actions in their own name. Such a possibility only exists in order to combat discrimination on the ground of disability in the area of goods and services. Since the beginning of the year 2018, three

<sup>15</sup> Explanatory memorandum, para 22.

<sup>16</sup> See *Almer/Frey*, Wir sind gegen Diskriminierung, aber ... Warum der unterschiedliche Diskriminierungsschutz in Österreich endlich beseitigt werden sollte in *Philipp/Meier/Apostolovski/Starl/Schmiedlechner* (eds), *Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung* (2014) 205 (207 subseq).

<sup>17</sup> All functions are set out in detail in GPR No 2, paras 13–15.

<sup>18</sup> VwGH 23.6.2014, Ra 2014/11/0017; See § 13 Abs 3 GIBG idF BGBl I 2013/71.

entities have been able to sue large corporations, if these corporations violate respective legislation.<sup>19</sup>

The improved protection against discrimination on the grounds of disability has been an important step. GPR No 2, however, requires a policy of reform that is coherent and consistent. Thus, an improvement of litigation competences should not be limited to just one part of the institutional architecture. Not addressing the grounds of discrimination covered by the mandate of the Ombud for Equal Treatment further increases the hierarchy in legal protection. The possibility to bring cases before the court in its own name would be a strong instrument for the Ombud as well. It is crucial for combating structural discrimination and recurrent patterns of discrimination.

GPR No 2 also requires the right of people who are facing discrimination to choose whether they want to initiate proceedings before an equality body first or whether they want to proceed directly to the courts. Here lies another essential difference in the Austrian regulatory standards: For people who are facing discrimination on the ground of disability, conciliation proceedings are mandatory. Only after the conciliation proceedings have failed they can go to court. It goes without saying that such a paternalistic approach does not meet the requirements of GPR No 2.

### 3. Independence and effectiveness

Independence and effectiveness are key factors for the work of equality bodies. Both requirements are inevitably linked since independence is a pre-condition of effective task fulfilment. GPR No 2 asks for *de iure* as well as for *de facto* independence. In a formal sense, *de iure* independence means freedom from instructions.<sup>20</sup> This protects equality bodies against state influence on their work. *De facto* independence furthermore depends on additional guarantees which include an appropriate period of appointment, limited powers of dismissal and autonomy in the use of funds. These framework conditions are crucial for the work of equality bodies as well. GPR No 2 therefore deals with these aspects extensively. In doing so, the guidelines take up a basic idea of the rule of law which results from the case law of the ECtHR on Art 6 of the Convention: “Justice not only has to be done, it also has to be seen to be done.”<sup>21</sup> Thus, GPR No 2 requires that fundamental working conditions founded on the rule of law are guaranteed for equality bodies, too.

In Austria *de iure* independence is generally assured.<sup>22</sup> However, I spot a problem concerning discrimination on the ground of disability: The mandatory conciliation proce-

---

19 Behindertenanwalt, Österreichischer Behindertenrat and Klagsverband zur Durchsetzung der Rechte von Diskriminierungsopfern. See § 13 Abs 1 BGStG idF BGBl I 2017/155.

20 See Klaushofer, Strukturfragen der Rechtsschutzbeauftragten (2012) 150 subseq.

21 See leading case *Ringeisen vs Austria* ECHR 16.7.1971, 2614/65.

22 See e.g. § 3 Abs 3 und § 10 Abs 1a, 1b GBK/GAW-Gesetz idF BGBl I 2011/7. These provisions can be seen as implementation of Art 20 Abs 2 B-VG.

dures falls within the competence of an entity of the Ministry of Social Affairs. Staff of this department is bound by instructions. This means that conciliation proceedings for intersectional discrimination on the grounds of ethnicity and disability, for example, lie in the hands of civil servants bound by instructions.<sup>23</sup> It is obvious that this is not in line with the guidelines of GPR No 2.

Besides ensuring independence, effectiveness is a key issue of GPR No 2. This means above all adequate staff and funding.<sup>24</sup> Shortage of staff and volunteerism cause long proceedings and limited exercise of statutory powers. It is mainly the Equal Treatment Commissions that are struggling with these problems.<sup>25</sup> This is particularly problematic: Equal Treatment Commissions should be able to clarify quickly whether discrimination has taken place and whether a claim for damages exists. Thus, long proceedings have a severe negative effect on those seeking legal assistance. They defeat the purpose of relieving those facing discrimination and undermine confidence in out-of-court conciliation.

The question whether resources are sufficient cannot be answered solely by looking at the tasks defined by law. When it comes to defining criteria for allocating resources, factual conditions for task fulfilment have to be taken into account as well. In particular, this includes the real costs that occur in exercising all functions, the equality bodies are entrusted with.<sup>26</sup> Their tasks are manifold: In addition to the support function, they include the promotion of equality through public relations. As for efficiency, this requires expertise not only in the legal field but also in the field of social science.<sup>27</sup>

GPR No 2 further states that any expansion of competences must take into account the principle of effectiveness: Such reforms always have to be accompanied by an increase both in human resources and in funding. When it comes to that, the expansion of competences of the Regional Offices of the Ombud for Equal Treatment in 2017<sup>28</sup> is going to be the first litmus test. It will show whether the reform meets the requirements of GPR No 2 in the medium and long term.

To ensure efficiency, an expansion of competences may also require a modification in the composition of equality bodies. It is not quite understandable, for example, that Senate III of the Equal Treatment Commission is composed solely of social partners. Not all social partners have a statutory mandate to represent the goods and services sector. In this respect, it would be more appropriate to include a specialised non-discrimination NGO.

---

<sup>23</sup> See § 5 Abs 2 Z 6 SMSG.

<sup>24</sup> GPR No 2, para 28.

<sup>25</sup> See *Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz* (ed), *Evaluierung der Instrumente des Gleichbehandlungsrechts. Weiterentwicklung des Gleichbehandlungsrechts und der Gleichbehandlungsinstrumente – Expert/inn/enbericht* (o.J.) 39 subseq and 69 subseq; [sozialministerium.at/cms/site/attachments/3/8/9/CH3434/CMS1473420291506/expertinnenbericht\\_evaluierung\\_glbgb.pdf](https://sozialministerium.at/cms/site/attachments/3/8/9/CH3434/CMS1473420291506/expertinnenbericht_evaluierung_glbgb.pdf) (accessed 7.6.2018).

<sup>26</sup> Explanatory memorandum, para 101.

<sup>27</sup> *Konstatzky*, *Warum braucht die Gesellschaft eine Gleichbehandlungsanwaltschaft?*, in FS Nikolay-Leitner (2018) 338.

<sup>28</sup> BGBl II 2017/126.

As I have already mentioned, adequate funding is crucial for effective task fulfilment. Any reduction of the budget of equality bodies is therefore a particularly sensitive matter: It has both direct and far reaching effects on effective task fulfilment. GPR No 2 is very clear on the question of economic cuts: There should be no arbitrary or disproportionate reduction in the budget of equality bodies.<sup>29</sup>

#### 4. Summary

The guidelines set out in GPR No 2 specify the basic requirements for effective equality work. These standards make the difference between mere symbolic law-making and law that is actually effective. As “implementation standards” they address Austrian policy in two ways:

On the one hand, the best practice approach requires that the basic principles of GPR No 2 are implemented proactively. There must not be any reduction in mandates or any other weakening of equality bodies. On the other hand, the guidelines emphasize the importance of a reform that has been discussed for years. In the light of GPR No 2, reforms become mandatory for Austria in order to comply with international law.

I have only pointed out a few fault lines between ECRI-standards and national law. The need for reform, however, is no secret: Equal treatment reports, surveys and legal scholarship provide comprehensive descriptions of the present shortcomings.<sup>30</sup> Now GPR No 2 takes the need for reform to a new level: The implementation of the ECRI standards has become an issue of compliance. Coherent legal protection, the strengthening of the litigation competences and effective working conditions of equality bodies are defined as essential contributions to fulfil the objective of the ECHR. Thus, they have become relevant under international law.

The Austrian government, however, is not only called upon by international law. Things have also gained momentum at the EU level. There is a strong need to reaffirm the commitment to the European value of equality. Thanks to EQUINET’s efforts in this field the legal policy awareness for the equality bodies’ need to be protected from external pressure and to be strengthened so they can implement all of their functions and powers has increased.<sup>31</sup> In the meanwhile, the idea of strengthening equality bodies was also taken up by the European Union Agency for Fundamental Rights (FRA).<sup>32</sup> And at the

29 See e.g. the current substantial funding cuts of the *Klagsverband*: [klagsverband.at/archives/13377](http://klagsverband.at/archives/13377); [jku.at/fileadmin/gruppen/141/News\\_Stellungnahmen\\_u\\_Online-Beitrag/2018-06-22\\_Kuerzung\\_der\\_Mittel\\_fuer\\_den\\_Klagsverband.pdf](http://jku.at/fileadmin/gruppen/141/News_Stellungnahmen_u_Online-Beitrag/2018-06-22_Kuerzung_der_Mittel_fuer_den_Klagsverband.pdf) (accessed 17.7.2018).

30 See *Bundesministerium für Gesundheit und Frauen* (ed), Gleichbehandlungsbericht für die Privatwirtschaft 2014 und 2015 Teil I und II (2016); *Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz* (ed), Evaluierung der Instrumente des Gleichbehandlungsrechts. Weiterentwicklung des Gleichbehandlungsrechts und der Gleichbehandlungsinstrumente – Expert/inn/enbericht (o.J.); see also *Almer/Frey*, Diskriminierung.

31 See in detail the paper of *Niall Crowley* and *Anne Gaspard* in *juridikum* 3/18.

32 See *FRA*, Fundamental Rights Report 2017, opinion 3.4, [fra.europa.eu/en/publication/2017/fundamental-rights-report-2017](http://fra.europa.eu/en/publication/2017/fundamental-rights-report-2017) (accessed 22.5.2018).

beginning of this year the European Commission sent a clear signal: It published a roadmap to concretise standards for equality bodies in order to ensure the effective application of the EU's equal treatment legislation in practice.<sup>33</sup> It is now up to the Austrian Council Presidency to bring this agenda forward and put the strengthening of equality bodies center stage.

Univ. Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> *Silvia Ulrich* holds a professorship for legal gender studies, diversity and non-discrimination law at the Johannes Kepler University Linz; [silvia.ulrich@jku.at](mailto:silvia.ulrich@jku.at)

---

<sup>33</sup> *European Commission*, Roadmap on Standards for equality bodies, Ref. Ares (2018) 1623887 – 23/3/2018; [ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2018-1623887](http://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2018-1623887) (accessed 22.5.2018).

# Thema: Europas Demokratie und Zukunft

## Vorwort der Gastherausgeber\_innen

Corinna Potocnik-Manzouri / Nikolaus Wieser

---

### 1. Das Thema: Von der Idee eines Schwerpunkts

Europa steht ein aufregendes Jahr bevor: Aller Voraussicht nach wird am 29. März 2019 erstmals in der Geschichte der EU ein Mitgliedstaat (MS) die Union verlassen. Nur zwei Monate später stehen richtungsweisende Wahlen an: Von 23. bis 26. Mai 2019 werden die Mitglieder zum Europäischen Parlament (EP) gewählt. Kommissionpräsident *Jean-Claude Juncker* hat bereits frühzeitig angekündigt, nicht nochmals um das Amt des Präsidenten der Europäischen Kommission in die Wahlschlacht zu ziehen.<sup>1</sup> Erste mögliche Spitzenkandidaten haben sich bereits im Gerangel um die Nachfolge *Junckers* in Position gebracht. Aber auch an anderer Front wird hart gekämpft: Frankreichs Präsident *Emmanuel Macron* hat das „Duell um Europa“ ausgerufen, in dem er sich als „fortschrittlicher“ Konterpart zu Ungarns Ministerpräsident *Viktor Orbán* positioniert.<sup>2</sup> Der Wahlkampf um die Stimmen der Unionsbürger\_innen hat damit entlang der Bruchlinie fortschrittlich/liberal einerseits und nationalstaatlich/autoritär andererseits schon längst begonnen.

Das *juridikum* nimmt den Ausblick auf das Jahr 2019 zum Anlass und Ausgang für eine Diskussion unionsrechtlicher Themen, denn diese kommen uE in der österr Lit oftmals zu kurz. Für den vorliegenden Schwerpunkt wurde dabei bewusst ein Fokus gewählt, der bestimmte, derzeit omniprésente und tagespolitischen Entwicklungen ausgesetzte Themen – wie etwa die (europäische) Asyl- und Migrationspolitik – ausspart und stattdessen ganz grundlegende Fragen nach der *Demokratie und Zukunft Europas* stellt. Unter diesem Dach werden Beiträge vereint, die neben Fragestellungen rund um die Wahlen zum EP und der Zukunftsperspektive für die EU auch den Investitionsschutz aus diesen Blickwinkeln behandeln und sich dabei rechts- wie auch politikwissenschaftlicher Perspektiven bedienen.

---

1 *Zeit Online*, Juncker hat keine Lust auf zweite Amtszeit, *Zeit Online* v 11.2.2017, [zeit.de/politik/ausland/2017-02/eu-kommission-jean-claude-juncker-keine-amtszeit](http://zeit.de/politik/ausland/2017-02/eu-kommission-jean-claude-juncker-keine-amtszeit) (1.10.2018).

2 *Brändle*, Emmanuel Macron eröffnet das Duell um Europa gegen Viktor Orbán, *derStandard.at* v 23.8.2018, [derstandard.at/2000085916347](http://derstandard.at/2000085916347) (1.10.2018).

## Europas Demokratie ...

Bereits das Faktum, dass die Wahlen zum EP an vier Tagen stattfinden werden, weist auf Besonderheiten hin: Europas Demokratie ist (noch?) nicht 1:1 mit jener der MS vergleichbar. Ausgangspunkt ist dabei der Vertretungskörper der Unionsbürger\_innen, der sich von einer Versammlung – von den nationalen Parlamenten – entsandter Abgeordneter zu einem (wenn auch nicht nach einheitlichem Verfahren, aber immerhin von den Unionsbürger\_innen) gewählten Parlament entwickelt hat. Dabei ist es jedoch nicht in der Form handlungsfähig, wie dies für nationale Parlamente selbstverständlich ist: Dem EP fehlt nicht nur ein selbstständiges Initiativrecht für Rechtsakte (dieses liegt bei der Kommission) und die Kompetenz-Kompetenz (diese verbleibt bei den MS als „Herren der Verträge“), sondern es muss sich darüber hinaus die Gesetzgebungszuständigkeit und die Budgethoheit auch mit dem Rat (und damit Vertreter\_innen der MS) teilen. Die europäische Demokratie findet somit derzeit im Wechselspiel zwischen MS und Union statt, die sich in mancher Hinsicht als Zusammenspiel (zB Wahlverfahren nach unionsrechtlichen Grundsätzen, aber weitgehend nationalen Wahlordnungen), in anderer wiederum als Ungleichgewicht (zB keine gleiche Vertretung von Unionsbürger\_innen nach MS im EP) entpuppt.

## ... und Zukunft ...

Der vorliegende Schwerpunkt will über das Thema Demokratie hinausblicken und auch die Zukunft der Union insgesamt in den Fokus nehmen. Zu dieser brisanten Frage hat die Kommission bereits im März 2017 ein Weißbuch präsentiert, in dem sie verschiedene Szenarien zur Zukunft unter Wahrung der Einheit der EU präsentiert. Dabei ruft sie die all zu schnell vergessenen Ursprünge der Union als ehrgeiziges Integrationsprojekt und größtes Friedensprojekt wieder in Erinnerung.<sup>3</sup> Nun ist der Zeitpunkt gekommen, darüber nachzudenken, welchen Weg dieses Projekt in Zukunft einschlagen soll: Kann und soll es ein *Plus* oder ein *Minus* an Integration geben und in welchen Bereichen? Die Kommission will damit eine öffentliche Debatte anstoßen und wird eine erste Antwort wohl durch die Wahlentscheidung der Unionsbürger\_innen im kommenden Mai erhalten.

## ... als Investition?

Europäische Demokratie macht jedoch nicht nur das Verfahren der Wahl zum EP aus, sondern eine Vielzahl an Beteiligungsmöglichkeiten. Gerade in Bezug auf Handelsabkommen wurde dabei vermehrt die demokratiepolitische Perspektive diskutiert: Welche Beteiligungsrechte haben nationale Parlamente wie das EP gleichermaßen? Bedarf es

---

<sup>3</sup> Europäische Kommission, Weißbuch zur Zukunft der Union, COM(2017) 2025.

dazu einer Volksabstimmung? Europas Zukunft wird nicht zuletzt davon abhängen, wie sich die Union als Wirtschafts- und Handelspartnerin gegenüber anderen Weltmächten verhält. Dabei spielen Handelsabkommen eine bedeutende Rolle. Anlass zur Beschäftigung mit dem Investitionsschutz geben auch aktuelle E des EuGH.<sup>4</sup>

## 2. Die Beiträge des Schwerpunkts

Den Anfang des vorliegenden Schwerpunktes macht *Ulrike Guérot*, die die Idee einer *Europäischen Republik*<sup>5</sup> vorstellt und dabei der Frage nachspürt, wie Europa der Wandel von der EU-Rechtsgemeinschaft zur europäischen Demokratie gelingen könnte. Sie eröffnet damit einerseits die Diskussion um die europäische Demokratie und gibt zugleich Impulse für die Zukunft Europas aus politikwissenschaftlicher Perspektive.

Politische Parteien sind ein wesentlicher Faktor in Demokratien. Wie sich *Europäische Demokratie und Parteien* derzeit zueinander verhalten, klärt *Nikolaus Wieser* in einem einführenden Überblick, der als unionsrechtliche Grundlage für die folgenden Beiträge dient.

*Georg Plattner* thematisiert daraufhin aus politikwissenschaftlicher Perspektive die *(In-)Kohärenz populistisch-rechtsradikaler Parteien in ihren Forderungen zur Reform verschiedener EU-Politikfelder*. Er stellt sich die Frage, ob bzw wie geeint diese Akteurinnen gegen Europa vorgehen, und kommt dabei zu zT überraschenden Ergebnissen.

Als Abschluss der Beiträge zur europäischen Demokratie analysiert *Teresa Radatz* ebenso mit politikwissenschaftlichem Blick *die Problematik der Sperrklausel auf nationaler und europäischer Ebene* und stellt unter dem Stichwort *wasted votes* fest, dass es möglicherweise Zeit ist, hier aufzuräumen.

*David Eisendle* greift daran anschließend die Zukunftsfrage der Union auf und hinterfragt, wohin Europa denn eigentlich steuert. Dazu beleuchtet er *ausgewählte Aspekte der Debatte über die Zukunft der EU* und nimmt dabei das Weißbuch der Kommission zur Zukunft Europas aus dem März 2017 als Ausgangspunkt.

*Johannes Tropper* leitet mit einer Besprechung der aktuellen E des EuGH in der Rs *Achmea*<sup>6</sup> zum Investitionsschutz über und setzt dieses Urteil mit der europäischen Demokratie und dem Wesen des Unionsrechts in Zusammenhang.

Zuletzt begeben sich *Konrad Lachmayer* und *Lukas Wieser* auf die *Suche nach dem Sinn des Investitionsschutzes im CETA-Abkommen* und fragen sich dabei, ob es sich beim sog Investitionsschutzrecht 2.0 nicht vielmehr um alten Wein in neuen Schläuchen handelt.

4 Vgl EuGH 6.3.2018, C-284/16, *Slowakei/Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158.

5 Vgl *Guérot*, Warum Europa eine Republik werden muss! (2016); *Guérot*, Der neue Bürgerkrieg: Das offene Europa und seine Feinde (2017); sowie *The European Balcony Project*, bei welchem das von ihr und *Robert Menasse* verfasste Manifest zur *Ausrufung der Europäische Republik* im November 2018 europaweit verlesen und inszeniert wird, europeanbalconyproject.eu (1.10.2018).

6 EuGH *Slowakei/Achmea* (Fn 4).

Der vorliegende Schwerpunkt will Anstoß zu Diskussionen sein, kann aber angesichts der Breite aktueller europarechtlicher Fragestellungen den Bedarf an Auseinandersetzung keinesfalls abdecken. Raum zur Behandlung unionsrechtlicher Themen und va auch zur Debatte bietet insb die *2. Tagung junger Europarechtler\*innen 2019*, die am 8. März 2019 unter der Dichotomie „Autoritäres vs Liberales Europa“ am Juridicum der Universität Wien stattfinden wird.<sup>7</sup> Interessierten ist diese interdisziplinäre Tagung ans Herz gelegt.

Mag.<sup>a</sup> Corinna Potocnik-Manzouri ist Universitätsassistentin am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung der Universität Wien und studiert Politikwissenschaften; corinna.potocnik@univie.ac.at

Mag. Nikolaus Wieser ist Universitätsassistent am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung der Universität Wien und Mitherausgeber des *juridikum*; nikolaus.wieser@univie.ac.at

---

<sup>7</sup> Nähere Informationen zu Anmeldung und Programm sind unter [deicl/univie.ac.at](http://deicl/univie.ac.at) unter „News“ verfügbar.

# Europäische Republik: Von der EU-Rechtsgemeinschaft zur europäischen Demokratie?

Ulrike Guérot<sup>1</sup>

---

## 1. Werte, Identität und Universalismus im Spannungsfeld

Über „europäische Werte“ wird momentan sehr viel geredet, ausgelöst durch die „Flüchtlings“-Debatte, aber auch hinsichtlich der Bewahrung rechtsstaatlicher Verhältnisse in Europa. Dabei wird meistens zentral auf die europäische Identität<sup>2</sup> abgestellt, die diese Werte begründe. Die Diskussion dreht sich um die Frage: Was ist eigentlich europäisch? Gibt es eine europäische Identität? Oder auch: Was ist deutsch, österr, slowenisch, französisch, usw.? Und produzieren die unterschiedlichen nationalen Identitäten ein *gemeinsames* europäisches Werteverständnis oder machen sie ein solches, im Gegenteil, eher unmöglich? Wenig geredet wird über die Tatsache, dass Werte immer in Recht gegossen sein müssen, sollen sie im Alltag politisch spürbar und durchsetzbar sein.

In diesem Essay soll es daher vor allem um die *normativen*,<sup>3</sup> nicht die „*identitären*“ Aspekte der Wertediskussion gehen, also um den politischen, nicht den kulturalen Raum der Diskussion mit Blick auf Europa. Die jüngere Forschung bzw Auseinandersetzung hebt hervor, dass es gerade das Problem des europäischen Wertediskurses ist, dass dieser „*identitär*“, also mit Blick auf die Besonderheiten und Idiosynkrasien von Werten, und nicht *normativ* geführt wird, wobei es nicht nur um segregierte nationale Identitäten, sondern generell um den zunehmenden Trend der Parzellierung von Gesellschaft in fragmentierte Identitäten – Frauen, Homosexuelle, religiöse oder ethnische Minderheiten – geht. Dabei wird leicht vergessen, dass Prinzipien wie Gleichheit und Individualrechte auf universalistischen Grundannahmen beruhen.<sup>4</sup> In einer „sortierten Gesellschaft“ mit Fokus auf Identität wird das Politische schlechthin eliminiert und unmöglich gemacht, weil es nicht mehr um Recht geht, sondern um persönliche oder eben auch „nationale“ Befindlichkeiten. So wird in Deutschland zB gerade auf dem Buchmarkt eine fast verbissene Diskussion über „Leitkultur“ geführt und darüber, was *deutsch*<sup>5</sup> ist; in Polen tobt ein erbit-

---

1 Mit dankender Unterstützung an Alexander Stäudelmayr.

2 Identität hier definiert als Selbigkeit in Bezug auf Einzelpersonen, Kollektive und Sachen.

3 Norm hier definiert als institutionalisierte Bündel von Erwartungen und Werten.

4 Zu dieser Diskussion ausführlich: Richardt (Hrsg), Die sortierte Gesellschaft. Zur Kritik der Identitätspolitik, Edition Novo, Band 125 (2018), darin von Furedi, Die verborgene Geschichte der Identitätspolitik.

5 *Trawny*, Was ist deutsch? (2017); *Dorn*, Deutsch, nicht dumpf: ein Leitfadens für aufgeklärte Patrioten (2018).

terter Kampf um Erinnerungskulturen;<sup>6</sup> britische KünstlerInnen wurden von *Theresa May* im Zuge der Brexit-Debatte aufgefordert, „British creativity“ zu entwickeln, usw. Dabei hat *Theodor Adorno* schon in den 1950er-Jahren geschrieben, dass jede Idee einer Leitkultur tendenziell unter proto-faschistischem Verdacht stehe,<sup>7</sup> da es immer um ein ausgrenzendes „Wir“ gehe. Auch Kreativität lässt sich nicht national einengen und die europäischen Geistesgrößen – *Spinoza, Erasmus, Dante* oder *Voltaire* – haben stets den Universalismus, und nie den Nationalismus verteidigt. Den Werten der Aufklärung – Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit, heute übersetzt mit Solidarität – liegt immer eine abstrakte Idee zugrunde. Diese Begriffe lassen sich mithin nicht zwischen verschiedenen „Wir“-Gruppen gegeneinander ausspielen, weder zwischen gesellschaftlichen Gruppen noch zwischen Nationen.<sup>8</sup>

*Mark Lilla* merkt zu diesem Punkt an, dass es daher nicht um Identität, sondern um die Frage gehe, was es eigentlich heißt, demokratischeR BürgerIn zu sein, und beantwortet diese mit der Suche nach der Republik. Gesellschaft, das sei „kein Parkplatz, kein Campingplatz und keine Ansammlung von Elementarteilchen“<sup>9</sup>. Auf ein europäisches Gemeinwesen bzw eine europäische Körperschaft angewendet, ergibt sich aus diesem Befund die programmatische Frage nach einer europäischen Republik, anders formuliert, die Frage, wie eine *normativ* begründete, europäische Wertegemeinschaft jenseits von identitären Zuordnungen aussehen könnte.

## 2. Nicht europäische Identität, sondern europäische Rechtsgleichheit

Das europäische Mantra schlechthin heißt „Einheit in Vielfalt“. Gerade Europa-GegnerInnen nutzen es gerne, um dem europäischen Einigungsbemühen das Subsidiaritätsprinzip entgegen zu stellen,<sup>10</sup> demzufolge jede kleinere Einheit machen soll, was sie besser kann. Der Idee der europäischen Einigung wird gerne unterstellt, sie wolle einen zentralisierten Staat und eine „Einheitssoße“ europäischer Identität schaffen, bei dem die nationalen Charakteristika verloren gingen. Übersehen wird dabei, dass der Begriff Subsidiarität in seiner Genese aus der katholischen Soziallehre keine Einteilung in multi-level-governance – Europa, Nation, Region – ist, sondern eine Abgrenzung zwischen Individuum und Staat. Abgesehen von der Tatsache, dass der Begriff „Subsidiarität“ den

6 *Kel*, Ich halte das Gesetz für eine Katastrophe, [sueddeutsche.de/kultur/polnische-erinnerungskultur-ich-halte-das-gesetz-fuer-eine-katastrophe-1.3852273-2](http://sueddeutsche.de/kultur/polnische-erinnerungskultur-ich-halte-das-gesetz-fuer-eine-katastrophe-1.3852273-2) (4.9.2018).

7 Vgl *Guérot*, Der Verlust der Gesellschaft, Interview mit *agora42*, [agora42.de/der-verlust-der-gesellschaft-interview-mit-ulrike-guerot/](http://agora42.de/der-verlust-der-gesellschaft-interview-mit-ulrike-guerot/) (28.8.2018).

8 Vgl *Guérot*, Hommage à Julien Benda: Rede an die Europäische Nation, Rede bei den Wr Festwochen am 16.5.2018, [festwochen.at/programm-2018/detail/pod-schuetze-oesterreich/](http://festwochen.at/programm-2018/detail/pod-schuetze-oesterreich/) (26.8.2018).

9 *Lilla*, Mehr Bürgersinn, weniger Gruppendenken, in *Richardt* (Hrsg), Die sortierte Gesellschaft. Zur Kritik der Identitätspolitik (2018) 42.

10 Auch die österr Ratspräsidentschaft betont den Begriff der Subsidiarität stark in ihrer Kommunikation und veranstaltet sogar einen Sondergipfel zum Thema „Subsidiarität“, [eu2018.at/de/agenda-priorities/priorities.html](http://eu2018.at/de/agenda-priorities/priorities.html) (26.8.2018).

meisten europäischen BürgerInnen in seiner originären Bedeutung fremd ist, wird der Begriff der Subsidiarität im politischen Diskurs gerne als Chiffre dafür verwendet, dass Europa im Kleinen, im Leben der Menschen vor Ort nichts zu suchen habe, sondern sich um das Große und Ganze kümmern solle.<sup>11</sup> Europa, kurz gesagt, solle nicht in die Alltagsbelange der Menschen eingreifen.

So verstanden, ist der Begriff der Subsidiarität indes strukturell inkompatibel mit einem europäischen Gemeinwesen, das sich prinzipiell dem Grundsatz der Rechtsgleichheit verschrieben hat, denn nichts anderes ist die EU-Rechtsgemeinschaft im Kern.<sup>12</sup> Als hybride Rechtsgemeinschaft sichert die EU derzeit prinzipiell transnationale Rechtsgleichheit und Rechtsstaatlichkeit für die Mitgliedsstaaten (MS), man könnte sogar sagen, die EU ist nichts anderes als eine Rechtsgemeinschaft: „L'Europe est nulle part plus réelle que dans le domaine du droit.“<sup>13</sup> Der eher technokratische oder zweckfunktionale Charakter dieser Rechtsgemeinschaft wurde dabei im Grunde nie bestritten und ist, zumal mit zunehmender Politisierung in jüngerer Zeit, in den Mittelpunkt der sozialwissenschaftlichen Kritik an den legitimatorischen Grundlagen der EU geraten,<sup>14</sup> zumal es keine parlamentarische Rückkoppelung oder Kontrollfunktion mit der europäischen Judikative gibt: Die nationalen Parlamente sind *nicht mehr*, das Europäische Parlament ist *noch nicht* richtig zuständig.<sup>15</sup>

Die europäische Rechtsgemeinschaft steht darum in einem permanenten Spannungsverhältnis zur nationalen Rechtssetzung. In der Realität ist die EU eher eine permanente Überlappung von verschiedenen Rechtssetzungsräumen, eine Art Rechtssetzungsverbund, der immer wieder zu Problemen führt.<sup>16</sup> Diese zeigen sich nicht mehr nur bei der Umsetzung von europäischem Recht in nationales Recht,<sup>17</sup> sondern in jüngerer Zeit in viel grundsätzlicherer Natur, va mit Blick auf die Euro- oder die „Flüchtlingskrise“.

11 Vgl *Guérot*, Die Begriffe der Bürgernähe und der Subsidiarität im öffentlichen europapolitischen Diskurs und ihre Bedeutung für die Zukunft Europas (2017), donau-uni.ac.at/imperia/md/images/departement/europapolitik-demokratieforschung/subsidiarit\_\_t\_b\_\_rgerfourm\_wachau.pdf (26.8.2018).

12 *von Bogdandy*, Beyond the Rechtsgemeinschaft, with Trust – Reframing the Concept of European Rule of Law (2018), papers.ssrn.com/abstract=3103691 (26.8.2018).

13 *Comité de Réflexion sur le préambule de la Constitution*, Redécouvrir le Préambule de la Constitution. Rapport du comité présidé par Simoïne Veil (2008), 41, ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000758.pdf (26.8.2018).

14 Vgl zB *Habermas*, The Lure of Technocracy (2015); oder auch *Crouch*, Postdemokratie (2008); sowie *Brunkhorst*, Das doppelte Gesicht Europas: Zwischen Kapitalismus und Demokratie (2014); *Offe*, Europe entrapped (2015); *Streeck*, Gekaufte Zeit: Die vertagte Krise des demokratischen Kapitalismus: Frankfurter Adorno-Vorlesungen 2012 (2015).

15 Vgl *Grimm*, Europa: Ja – aber welches? Merkur, Heft 787 (2014), 1046.

16 Auf diese Vielschichtigkeit, die de facto aber eine Unzulänglichkeit europäischer Rechtsetzungskapazität kaschiert, weist va *Nourot*, Das Republikprinzip in der Rechtsordnungsgemeinschaft: methodische Annäherungen an die Normalität eines Verfassungsprinzips (2014), insb Kapitel II-IV, hin.

17 *Europäische Kommission*, Monitoring the Application of Union Law, 2017 Annual Report, ec.europa.eu/info/sites/info/files/report-2017\_-commission-staff-working-document-monitoring-application-eu-law-statistical-overview-part1.pdf (26.8.2017).

Exemplarisch sollen hier die Schwierigkeit der EU, das EuGH-Urteil<sup>18</sup> zum Verteilungsschlüssel in der „Flüchtlingskrise“ durchzusetzen, oder auch diverse Alleingänge der nationalen Grenzschließung angesichts der Schwierigkeiten bei der Sicherung der EU-Außengrenze, genannt werden. Ferner die Schwierigkeiten der EU, die Rechtsstaatlichkeit in einzelnen MS (Ungarn oder Polen) zu sichern, wo sich mit Blick auf die Aushebelung der Unabhängigkeit der Justiz die Machtlosigkeit der *Venedig-Kommission* zeigt.<sup>19</sup> Und schließlich der im Zuge des Eurokrisenmanagements rechtlich fragwürdige Zu- bzw. Durchgriff der Troika auf Dinge, die eigentlich im Zugriffsbereich nationalen griechischen oder portugiesischen Rechts lagen bzw. liegen (zB Rechte der Gewerkschaften, Tarifrecht, Steuerrecht oder Renten), was durch das „Memorandum of Understanding“ konterkariert und deswegen auch heftig kritisiert wurde.<sup>20</sup> Entstanden ist eine amalgamierte Situation, in der die Rechtssetzungs- und Durchsetzungsfähigkeit der EU nicht mehr klar umrissen ist.

Wenn die EU aber – mal mehr, mal weniger – Recht nicht mehr durchsetzen kann, ist sie dann noch eine Rechtsgemeinschaft? Zentral geht es heute im europäischen Diskurs um die Frage: Wer entscheidet in der EU? Anders formuliert: Wer ist der Souverän? Im Sinne von *Max Weber* hat die EU nicht das legitime Gewaltmonopol. Es endet, je politischer der Sachverhalt – immer häufiger – an nationalen Grenzen. Die EU und die (vermeintlich) souveränen Nationalstaaten arbeiten in vielen Fällen gegeneinander.<sup>21</sup> Wenn ein souveräner Nationalstaat in seiner Essenz aber nichts anderes ist, als die Fähigkeit, auf einem bestimmten Territorium Recht zu setzen und zu sanktionieren, dann sind die MS der EU und die EU als Rechtsgemeinschaft strukturell in ihrer Rechtsetzungsfähigkeit inkompatibel, wenn beide Rechtssetzungsfähigkeit für sich beanspruchen. Der Diskurs über „nationale Werte“ verklausuliert hier allzu oft den Wunsch, sich europäischer Rechtsetzung aufgrund anderer politischer Präferenzen zu entziehen, die im politischen System der EU nicht durchsetzungsfähig erscheinen.

18 EuGH 6.9.2017, verb Rs C-643/15 und C-647/15, *Slowakei und Ungarn/Rat*, ECLI:EU:C:2017:631.

19 Vgl. *Bundeszentrale für politische Bildung* (Hrsg), Heft APUZ zu Polen, bpb.de/shop/zeitschriften/apuz/265511/polen (26.8.2018); *Mendelski*, Das europäische Evaluierungsdefizit der Rechtsstaatlichkeit, *Leviathan* 3/2016, 366-398.

20 Jenseits von Protesten in den Medien in der sozialwissenschaftlichen Lit ua von *Brunkhorst* (Fn 14); *Offe* (Fn 14); *Streeck* (Fn 14).

21 In diesem Artikel (aus Platzgründen) nicht berücksichtigt werden kann, dass in der jüngeren Lit der Begriff der Souveränität insg in die Kritik geraten ist, vgl. zB *Loick*, Kritik der Souveränität, Institut für Sozialforschung, Frankfurter Beiträge zur Soziologie und Sozialphilosophie, Bd 17 (2012), eine Dissertation, die, ausgehend von den Schriften von ua *Hobbes*, *Rousseau* und *Kant* den klassischen „Souveränitätsbegriff“ als allumfassende Delegation („Vertrag“) zwischen den politischen Subjekten und dem Staat („Leviathan“) zu dekonstruieren sucht und letztlich – unterkomplex zusammengefasst – argumentiert, dass, da niemand allein lebt bzw. leben kann, es „Souveränität“ de facto weder vertraglich noch sonst irgendwie geben kann und alles Politische zwischen autonomen BürgerInnen verhandelt werden müsse. Diese These, die Gegenstand aktueller Debatten ist, kann bzw. soll hier nicht vertieft werden, ist aber anschlussfähig einerseits mit jüngeren Theorien zur Bedeutung der „Assembly“ als Ort der Entscheidung; andererseits greift sie zurück auf bekannte Dekonstruktionen der Staatlichkeit von *Foucault* oder *Derrida*. Auch *Arendt* hat schon in den 1960er Jahren Souveränität als Politikverlust charakterisiert und, mit tendenziell räte-demokratischem Hintergrund formuliert: „If men wants to be free, it is precisely sovereignty that he will need to let go“, *Heuer*, Föderationen – Hannah Arendts politische Grammatik des Gründens (2016).

Wo Werte,<sup>22</sup> die strukturell universell und deswegen eigentlich unverhandelbar sind, politisiert werden, muss die Rechtsstaatlichkeit bröckeln: Wertekonflikte können nicht mehr innerhalb der gegebenen europäischen politischen Einheit (*polity*) verhandelt, sondern müssen gegen diese geltend gemacht werden.

Die ansonsten im Diskurs begrüßte und teilweise erstrebte Politisierung der EU hat darum in den letzten Monaten verstärkt den Begriff der europäischen Souveränität in den Mittelpunkt der Debatte gestellt. Nicht Integration, sondern *europäische Souveränität, Einheit, Demokratie* waren zB auch die Begriffe, die *Emmanuel Macron* in seinen inzwischen vier Europareden<sup>23, 24</sup> bemüht hat. Klar, indes im öffentlichen Diskurs oft unterbelichtet, ist zB, dass die vielzitierte, schlaglichtartig kommentierte Schaffung eines „Euro-Finanzministers“ oder auch eines „Euro-Zonen-Budgets“ – zentrale Forderungen von *Emmanuel Macron* – erst dann gelingen könnte, wenn dieser Euro-Finanzminister sein Euro-Budget einem Parlament gegenüber voll verantworten müsste. Nicht umsonst ist seit der *Magna Charta* das Haushaltsrecht das bedeutendste Recht eines Parlamentes, intrinsisch gekoppelt an die Steuererhebungshoheit<sup>25</sup> („*right to tax*“) und schließlich an die Legitimität des Parlamentes („*no taxation without representation*“). Nichts davon ist in der derzeitigen EU-Struktur gegeben.

### 3. „Alle Souveränität geht vom Volke aus“

„Alle Souveränität geht vom Volke aus“, so steht es in vielen Verfassungen der MS. Frei nach *Kurt Tuscholsky* möchte man fragen: „Und wo geht sie hin?“ In der Tat ist die Souveränität der politischen Subjekte der EU, nämlich der europäischen BürgerInnen Europas, gleichsam im Europäischen Rat (EU-Rat) versenkt, schwer fassbar, intransparent und auch nur indirekt legitimiert. Dächte man also über europäische Souveränität nach bzw möchte man die Frontstellung von EU und MS mit Blick auf Souveränität – verstanden als Rechtssetzungsfähigkeit – durchbrechen, dann ginge es zentral um die Abschaffung der Macht des EU-Rates im politischen System der EU<sup>26</sup> und um die Aufwer-

22 In der Definition als symbolisierte Orientierungspunkte, deren Geltung und Veränderung als nicht befragbar gelten.

23 An der Pariser Sorbonne, in Athen, in Straßburg und in Aachen.

24 *Macron*, Initiative für Europa, Rede vom 26.09.2017 in Paris, [de.ambafrance.org/Initiative-fur-Europa-Die-Rede-von-Staatspräsident-Macron-im-Wortlaut](http://de.ambafrance.org/Initiative-fur-Europa-Die-Rede-von-Staatspräsident-Macron-im-Wortlaut) (11.9.2018); *Macron*, Vorschläge für eine Neugründung Europas, Rede vom 7.9.2017 in Athen, [de.ambafrance.org/Staatspräsident-Macron-in-Athen-Vorschlaege-fur-eine-Neugruendung-Europas](http://de.ambafrance.org/Staatspräsident-Macron-in-Athen-Vorschlaege-fur-eine-Neugruendung-Europas) (11.9.2018); *Macron*, Für eine neue europäische Souveränität, Rede vom 17.4.2018 in Straßburg, [de.ambafrance.org/Staatspräsident-Macron-vor-dem-Europaparlament-Fur-eine-neue-europaische](http://de.ambafrance.org/Staatspräsident-Macron-vor-dem-Europaparlament-Fur-eine-neue-europaische) (11.9.2018); *Macron*, Verleihung des Karlspreises, Rede vom 19.5.2018 in Aachen, [elysee.fr/declarations/article/rede-von-staatspräsident-emmanuel-macron-verleihung-des-karlspreises/](http://elysee.fr/declarations/article/rede-von-staatspräsident-emmanuel-macron-verleihung-des-karlspreises/) (11.9.2018).

25 Vorschläge für eine europäische Steuerhoheit tauchen in der Debatte immer wieder am Rande auf, zB *Brocza*, Ja zur Steuerhoheit – aber für die EU, nicht die Bundesländer, [wienerzeitung.at/meinungen/gastkommentare/985450\\_Ja-zur-Steuerhoheit-aber-fuer-die-EU-nicht-fuer-Bundeslaender.html](http://wienerzeitung.at/meinungen/gastkommentare/985450_Ja-zur-Steuerhoheit-aber-fuer-die-EU-nicht-fuer-Bundeslaender.html) (11.9.2018)

26 „Solange wir den Staaten die Autorität über die europäische Integration überlassen, solange kann Europa nicht werden“, *Beck*, German Europe (2013); genauer gesagt: die zentrale Rolle des EU-Rates im Governance-System der EU steht gesamt-europäischen Lösungen systemisch entgegen (vgl Fn 14, *Streeck, Offe, Brunkhorst*), weil jeweils aggregierte „nationale Interessen“ geltend gemacht, die indes nicht notwendigerweise die Mehrheitsverhältnisse der europäischen BürgerInnen als eigentlichem Souverän abbilden.

tung der Souveränität der europäischen BürgerInnen als politischen Subjekten durch eine vollständige Parlamentarisierung des EU-Systems. Genau dies würde auch seine Demokratisierung bedeuten bzw das oft beklagte europäische Defizit<sup>27</sup> beheben. Eine französische Autorengruppe um den Ökonomen *Thomas Piketty* hat mit ihrem Vorschlag für eine „Demokratisierung Europas“ deswegen genau diese legitimatorischen Defizite der EU beleuchtet und für eine vollständige Parlamentarisierung Europas bzw der Eurozone plädiert, die in diesem Vorschlag durch eine Fusion aus nationalen und europäischen ParlamentarierInnen erzielt werden soll, da nationale ParlamentarierInnen aufgrund der in ihren Ländern jeweils geltenden Wahlrechtsgleichheit („one person, one vote“) eine höhere Legitimität genießen.<sup>28</sup> Fehlende Wahlrechtsgleichheit ist übrigens auch einer der Kritikpunkte<sup>29</sup> des dt BVerfG mit Blick auf die Legitimität des (derzeitigen) EP, woran die sogenannten „Solange“-Entscheidungen des BVerfG geknüpft sind.<sup>30</sup> Die Auflösung der Frage nach der Souveränität zugunsten der BürgerInnen im politischen System Europas scheitert also maßgeblich daran, dass die europäischen BürgerInnen in Europa in ihrer Gänze keine Rechtsgleichheit genießen, nicht bei Wahlen, nicht bei Steuern und nicht beim Zugang zu sozialen Rechten,<sup>31</sup> also va in den Bereichen, die ihren Status als BürgerInnen ausmachen. Damit harrt die Grundannahme des Maastrichter Vertrages von 1992 („Ever closer Union“), nämlich dass die EU eine „Union of States“ und eine „Union of citizens“ ist, ihrer normativen Unterfütterung. De facto ist die EU nur eine „Union of States“ und noch keine „Union of citizens“, gerade weil der allgemeine politische Gleichheitsgrundsatz nicht für alle europäischen BürgerInnen gleichermaßen gilt.<sup>32</sup> Anders formuliert: Bezeichnet man die EU-Rechtsgemeinschaft als gemeinsamen rechtsstaatlichen Rahmen für die vier europäischen Freiheiten – Personen, Dienstleistungen, Kapital und Güter –, dann bietet die EU, knapp formuliert, transnationale Rechtsgleichheit für Güter (Binnenmarkt), Kapital (Währungs- bzw Geldgleichheit durch

---

27 *Brunkhorst*, Fn 14.

28 *Henette/Piketty/Sacriste/Vauchez*, Pour un traité de démocratisation de l'Europe (2017).

29 Vgl zur Frage nach einer Sperrklausel auch im *thema* dieses Heftes: *Radatz*, Wasted votes – Zeit aufzuräumen?, juridikum 2018, 514.

30 ZB dt „Integrationsverantwortungsgesetz“ von 2010 in Reaktion auf die Verfassungsklage zum Lissabonner Vertrag, in dem dem Bundestag eine höhere Integrationsverantwortung zugesprochen wurde, *solange* das EP die Funktion einer demokratischen Legitimierung europäischer Rechtsakte ua aufgrund fehlender Wahlrechtsgleichheit der europäischen BürgerInnen noch nicht hinreichend erfüllen kann.

31 Tagesaktuell ist dazu zB in Deutschland der Streit um gleiche Kindergeldzahlungen in der EU als Konsequenz der Freizügigkeitsregelung entbrannt, unabhängig von Nationalität und Wohnort der Kinder. Dem Streit um die sogenannte „Indexierung“ stellt die EU-Kommission das Nicht-Diskriminierungsgebot gegenüber, vgl *Geuther*, Das Kindergeld taugt nicht für Neiddebatten, deutschlandfunk.de/zahlungen-ins-ausland-das-kindergeld-taugt-nicht-fuer.720.de.html?dram:article\_id=425111 (26.8.2018). Die Forderung nach europäischer Konvergenz auch im sozialpolitischen Bereich als notwendige Folge der Währungsunion erhebt die Wissenschaft seit längerem, vgl *Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund: Gemeinschaftsrechtliche Einflüsse auf das deutsche Recht der gesetzlichen Krankenversicherung (2003).

32 Dies gilt als prinzipielle Aussage, ohne dass hier auf die differenzierte Lit zur Rechtssubjektivität (*Preuss*), Rechtsgütern (*Hassemer*) bzw Rechtsgleichheit (*Kersting*) eingegangen werden kann.

den Euro) und Dienstleistungen bzw. „Arbeitskräfte“ (im Unterschied zu Personen),<sup>33</sup> aber nicht für *Personen* selbst, die in ihren bürgerlichen Belangen in „nationalen Rechtscontainern“ fragmentiert bleiben, die aber die eigentlichen politischen Subjekte und mithin der Souverän des politischen Systems Europas sind.

#### 4. Identität, Souveränität und Rechtsgleichheit

Fatalerweise wird der europäische Diskurs über europäische BürgerInnenschaft indes weitestgehend kultural geführt: Selten gab es so viele Diskussion über *European citizens* oder *European citizenship*, wie in der derzeitigen europäischen Krise. Fast immer aber wird versucht, dem Begriff des *European citizens* eine gemeinsame europäische Identität oder ein gemeinsames, kultureles Werteverständnis abzurufen, wobei die „Werte“ dabei selten spezifiziert werden oder sich eher auf Primärtugenden wie etwa Solidarität oder Toleranz beziehen. Sehr häufig wird dabei das Argument ins Feld geführt, dass eine europäische Demokratie nicht ohne eine „europäische Öffentlichkeit“, einen „europäischen Demos“ oder eine „gemeinsame europäische Identität“ begründet werden könne. Der notwendigen – wenn auch nicht hinreichenden – Bedingung für eine *European citizenship*, nämlich einer normativen Unterfütterung derselben durch die Verwirklichung des allgemeinen politischen Gleichheitsgrundsatzes, wird dabei wenig Raum eingeräumt. Dabei böte sich dieser als sowohl identitätsstiftende wie auch wertebasierte Rechtsüberkunft an, bei der „europäische Identität“ nicht im kulturellen Sinn als *einheitlich* definiert werden müsste und den europäischen BürgerInnen mithin die im Diskurs oft vorherrschende Angst genommen werden könnte, bei „europäischer Identität“ müsse man auf etwas verzichten, zB auf ein kultureles nationales Charakteristikum. Übersehen wird in dieser Diskussion, dass Rechtsgleichheit weder Zentralisierung noch kulturelle Uniformierung bedeutet.<sup>34</sup> Das europäische Mantra von der „Einheit in Vielfalt“ würde lediglich ausdifferenziert in „normative Einheit bei kultureller Vielfalt“, so wie dies in allen europäischen Republiken der Fall ist, die ihren BürgerInnen (normativ) bürgerliche Rechtsgleichheit bieten bei kultureller Vielfalt: KorsInnen und BretonInnen sind nicht durch eine gemeinsame Kultur, nicht einmal durch Sprache geeint in der République Française, sondern nur durch gemeinsames Recht; ebenso wird in der Bundesrepublik auf der Grundlage desselben zB von Rügen bis München trotz sowohl kultureller Unterschiede als auch eines sozioökonomischen Gefälles das gleiche Arbeitslosengeld gezahlt. Dies auf Europa zu übertragen, wäre der Durchbruch zu der Idee einer Europäischen Republik, oder, um auf das Zitat von *Mark Lilla* zurück zu kommen, die programmatische Suche der Republik auf europäischer Ebene, indem normativ bestimmt wird, was es eigentlich heißt, BürgerIn einer europäischen Demokratie zu sein.

33 Vgl etwa Urteile des EuGH zur Dienstleistungs- bzw EntsendeRL, die immer wieder gleiche Gehälter für europäische BürgerInnen auf europäischem Territorium anmahnen, zB EuGH 6.2.2018, C-359/16, *Altun ua*, ECLI:EU:C:2018:63.

34 So zB *Dorn*, Deutsch, nicht dumpf (2018), im Zuge ihrer Kritik an der Idee einer Europäischen Republik, wobei sie genau *civic* (Rechtsgleichheit) und *ethnic* (Identität) als Grundlage für die Einheit verwechselt.

## 5. Von der EU-Rechtsgemeinschaft zum politisierten europäischen Rechtsraum

Genau darum setzt *Armin von Bogdandy* in seiner Studie<sup>35</sup> über Entstehung und Weiterentwicklung der EU-Rechtsgemeinschaft bei dem Begriff des Rechtsraums an, um die hybride EU-Rechtsgemeinschaft in einen politisierten, europäischen Rechtsraum zu überführen. Der Raumbegriff ist darum zentral, weil er eben die europäischen BürgerInnen – also die Personen – umfasst, die auf dem Territorium der heutigen EU buchstäblich ihre Füße auf den europäischen Raum stellen. Sie gleichsam in die EU-Rechtsgemeinschaft aufzunehmen, hieße, die Rechtsgemeinschaft durch die Verwirklichung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes auf die politischen Subjekte der EU – die europäischen BürgerInnen – auszudehnen und damit erst einen politischen Rechtsraum als Grundlage für eine europäische Demokratie zu begründen: Jenseits nationaler Herkunft und kultureller Identität wären die europäischen BürgerInnen gleich vor dem Recht in ihren bürgerlichen Belangen. (Alt) HistorikerInnen weisen darauf hin, dass weder Zentralisierung noch kulturelle Einheit die zentralen, stabilisierenden Elemente zB des Römischen Reiches gewesen sind, sondern Rechtsgleichheit,<sup>36</sup> eine einheitliche Bürokratie sowie eine Währung. Die Zentralmacht, zB auch in Form von Truppen, wird weitestgehend überschätzt.<sup>37</sup>

Dazu passt, dass, funktional gesehen, eine Nation oder *eine* Demokratie – so wie heute in den europäischen Nationalstaaten verfasst – letztlich *institutionalisierte Solidarität* ist, also Rechtsgleichheit in sozioökonomischen Belangen (zB Steuergleichheit). ISd französischen Soziologen *Marcel Mauss* ist eine Nation letztlich nichts anderes als „institutionalisierte Solidarität“ einer Gruppe von Individuen, die sich ihrer wechselseitigen ökonomischen und sozialen Abhängigkeit bewusst wird“.<sup>38</sup> Dies verweist treffgenau auf die aktuelle europäische Debatte. Letztlich ringt Europa, wenn es heute bei den Vorschlägen von *Emmanuel Macron* um einen europäischen Finanzminister oder einen Euro-Haushalt geht, um nichts anderes als eine institutionalisierte Solidarität, also buchstäblich um eine europäische Nationenwerdung in ihrer normativen („civic“), nicht kulturellen Dimension. Dort, wo die Nation normativ, also durch ihre zivilen Komponenten definiert wird, fungiert der Begriff fast als Synonym für Republik.<sup>39</sup>

## 6. Zum Schluss

Soll Europa wirklich neu begründet werden, wie vielfach diskutiert und gefordert, soll Europa *eine* Demokratie werden, dann muss der Preis entrichtet werden: Der allgemeine politische Gleichheitsgrundsatz für alle BürgerInnen Europas. Zumal ersten empirischen

35 Vgl Fn 12.

36 Natürlich verstanden iSd damaligen Gesellschaftsordnung, also nicht für Sklaven oder Frauen.

37 Vgl *Alföldy*, *Das Imperium Romanum – ein Vorbild für das vereinte Europa?* Jacob-Burckhardt-Gespräche auf Castelen, Bd 9 (1999).

38 *Mauss*, *Die Nation oder der Sinn für das Soziale*, [1934] 2017, 32ff.

39 Vgl dazu *Savidan/Beckouche*, *La république ou l'Europe?* (2004); insb auch Beitrag v *Schnapper*, 117, mit dem Verweis „La citoyenneté européenne est du construit par la lois.“

Studien zufolge die BürgerInnen nichts gegen den Grundsatz allgemeiner Rechtsgleichheit, auch in sozialen oder fiskalischen Fragen, einzuwenden hätten.<sup>40</sup> Dadurch<sup>41</sup> würde zur Gleichheit der Güter im Binnenmarkt und zur Geldgleichheit (Euro) die Gleichheit der europäischen BürgerInnen als politische Subjekte addiert: Genau dies wäre die Grundlage für eine europäische Demokratie und der Sprung in eine Europäische Republik.

Dem Euro und der IBAN-Nummer müsste deswegen perspektivisch im Rahmen eines „Maastricht II“-Vertrages eine europäische Sozialversicherungs- bzw eine Steuernummer (ESSN)<sup>42</sup> für alle europäischen BürgerInnen folgen.<sup>43</sup> Die europäische Solidarität wäre institutionalisiert und nicht mehr beliebig. Europa wäre im *Mauss*'schen Sinne, also in seiner normativen Dimension, eine Nation. Dies könnte im Rahmen einer Stichtagsregelung, zB ab 2025, 2030 oder 2035, geschehen, genauso wie beim Euro bzw der IBAN-Nummer. Es könnte dabei sogar Bestandssicherung gegeben, zB, dass die ESSN nur für ab Stichtag Geborene gilt und alle anderen europäischen BürgerInnen in ihren nationalen Systemen verbleiben. Dies wäre ein gleichsam organischer Übergang in einen politisierten und gemeinsamen europäischen Rechtsraum, also in die Europäische Republik. Europäische VerfassungsexpertInnen müssten prüfen, ob dazu überhaupt eine europäische Vertragsänderung notwendig wäre. Es wäre die große Reformation Europas!

Im neuen Europa wären die BürgerInnen der Souverän des politischen Systems, vor dem Recht wären alle gleich, das Parlament würde entscheiden und Gewaltenteilung gelten. Der allgemeine politische Gleichheitsgrundsatz ist der Sockel jeder Demokratie. Um diesen radikalen Neuanfang Europas zu bewerkstelligen, müssten wir uns nur an jene Definition der Nation von *Theodor Schieder* halten, der bereits 1963 bemerkt hat: „Nation, das heißt in erster Linie Staatsbürgergemeinschaft,<sup>44</sup> nicht Sprache, Ethnie oder Kultur.“

Univ.-Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Ulrike Guérot ist Leiterin des Departments für Europapolitik und Demokratieforschung der Donau-Universität-Krems und Gründerin des European Democracy Lab an der European School of Governance in Berlin; ded@donau-uni.ac.at

40 *Gerhards/Lengfeld*, Wir, ein europäisches Volk? (2013); Überlegungen zu einer europäischen Arbeitslosenversicherung haben zB längst begonnen, vgl zB *Dullien/Fichtner/Haam/Jaeger/Jansen/Ochmann/Tomasch*, Eine Arbeitslosenversicherung für den Euroraum als automatischer Stabilisator, in *Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz* (Hrsg), Sozialpolitische Studienreihe 18 (2015).

41 In einem Doppelvertrag müsste man parallel und zeitgleich per Stichtagsregelung jeweils die Mitglieder der Eurozone in die *eine* Demokratie, und diejenigen MS, die noch nicht Mitglied des Euros sind, zunächst in die Währungsunion (monetäre Rechtsgleichheit) und zu einem späteren Zeitpunkt in die Rechtsgleichheit der BürgerInnen (europäische Demokratie) überführen.

42 European Social Security Number.

43 Die europäische Einigung würde damit im Kern den Charakter der deutsch-deutschen Wiedervereinigung von 1989 erhalten, was sie immer auch sein sollte: Zwei Seiten derselben Medaille, vgl *Kohl*, Erinnerungen: 1982–1990 (2005).

44 Eine Forderung, die va im Rahmen der andauernden Brexit-Diskussion Bedeutung erlangen könnte: Brexit-GegnerInnen könnten eine europäische Staatsbürgerschaft erhalten, auch wenn Großbritannien als MS aus der EU austritt.

# Europäische Demokratie und Parteien

## Ein unionsrechtlicher Überblick

Nikolaus Wieser

---

„Die moderne Demokratie beruht geradezu auf den politischen Parteien, deren Bedeutung um so größer ist, je stärker das demokratische Prinzip verwirklicht ist.“

*Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie*<sup>2</sup> (1929), 19

### 1. Einleitung

Durch Parteien erhalten Staatsbürger\_innen die Möglichkeit, sich zu organisieren und gemeinsame Interessen zu artikulieren. Parteien erfüllen damit eine Brückenfunktion zwischen dem Wahlvolk und der legislativen Entscheidungsebene.

Die EU ist als repräsentative Demokratie ausgestaltet. Daher haben sich auch auf europäischer Ebene Parteien etabliert. Bei den Wahlen zum Europäischen Parlament (EP) wählen die Unionsbürger\_innen die Mitglieder zum EP (MEP) jedoch nach nationalen Listen, die nicht mit den europäischen Parteien übereinstimmen müssen. Der vorliegende Beitrag nimmt die fehlende Übereinstimmung zum Ausgang um einen Überblick über europäische Parteien und Demokratie zu geben und dient damit als unionsrechtliche Einführung zu den politikwissenschaftlichen Beiträgen dieses Schwerpunkts.<sup>1</sup>

### 2. Die Europäische Union als System der repräsentativen Demokratie

Die Arbeitsweise der Union basiert gem Art 10 Abs 1 EUV auf dem Grundsatz der repräsentativen Demokratie: Demnach erfolgt eine unmittelbare Vertretung der Unionsbürger\_innen im EP und eine mittelbare – durch die Vertreter\_innen der MS – im Europäischen Rat (Staats- und Regierungschefs) sowie im Rat der EU (Minister\_innen). Das Primärrecht sieht weiters *politische Parteien auf europäischer Ebene* vor, die „zur Herausbildung eines europäischen politischen Bewusstseins und zum Ausdruck des Willens der Bürgerinnen und Bürger der Union“<sup>2</sup> beitragen sollen.

Parteien bewegen sich auf europäischer Ebene an einer Schnittstelle zwischen Unionsrecht und nationalem Recht: Bis 1979 waren die MEP Vertreter\_innen der nationalen

---

1 Vgl die Beiträge im *thema* des Juridikum 4/2018 von Guérot, Plattner und Radatz.

2 Art 10 Abs 4 EUV.

Parlamente und wurden von diesen entsandt.<sup>3</sup> Seit 1979 werden die MEP direkt von den Unionsbürger\_innen gewählt.<sup>4</sup> Im EP schließen sich die Vertreter\_innen der MS zu *Fraktionen* zusammen: Dazu braucht es zumindest 25 MEP, die in mind einem Viertel der MS gewählt worden sind, wobei ein MEP nur einer Fraktion angehören kann.<sup>5</sup> Die Fraktionsbildung spiegelt sich außerparlamentarisch im Zusammenschluss von nationalen Parteien zu Bündnissen auf europäischer Ebene wider.<sup>6</sup>

### 3. Das Wahlverfahren zum Europäischen Parlament

Bereits seit 1957<sup>7</sup> ist primärrechtlich vorgesehen, dass die Wahlen zum EP nach einem einheitlichen Verfahren in allen MS stattfinden sollen – bis *dato* besteht jedoch kein solches einheitliches Wahlrecht. Das Primärrecht legt dabei bloß Wahlgrundsätze (*allgemeine, unmittelbare, freie und geheime Wahlen*)<sup>8</sup> fest, weitere Konkretisierungen erfolgen im Direktwahlakt<sup>9</sup> (DWA), der den MS jedoch weitgehende Regelungskompetenz überlässt.<sup>10</sup> Grundlage für die Wahlen zum EP ist damit „eine Mischung aus europäischem und nationalem Recht“<sup>11</sup>.

Uneinheitlich geregelt sind etwa das Wahlalter (in Ö aktives Wahlrecht bei 16 Jahren und passives Wahlrecht bei 18 Jahren, in Italien hingegen ersteres bei 18 Jahren und zweiteres bei 25 Jahren),<sup>12</sup> der Verlust eines Mandats im EP (nach im nationalen Recht festgelegten Gründen)<sup>13</sup> oder der Wahltag selbst (in den Niederlanden und im Vereinigten Königreich traditionell etwa donnerstags, in Irland freitags, im Großteil der MS gewöhnlich sonntags).<sup>14</sup>

Die Wahl zum EP erfolgt auch nicht nach unionsweit gleichen, transnationalen Listen, sondern nach nationalen Listen. Mit ein Grund dafür ist, neben dem fehlenden einheitlichen Verfahren zur Wahl selbst, die Regelung über die Zuteilung der Sitze im EP nach MS.<sup>15</sup> Darüber hinaus sind die Unionsbürger\_innen dabei nicht gleich im EP vertreten: Der im Primärrecht verankerte Grundsatz der degressiven Proportionalität<sup>16</sup> sieht vor, dass die MS mind 6, max jedoch 96 Sitze im EP erhalten. Daher fehlt in der Aufzählung

3 *Haltern*, Europarecht (2017) I<sup>3</sup> Rz 720.

4 *Hölscheidt in Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 14 EUV Rz 5.

5 Vgl Art 32 ff der Geschäftsordnung (GO) des EP für die 8. Wahlperiode, ABl 2011 L 116/1 idF ABl 2017 C 443/98, wobei von einer Fortgeltung der GO ausgegangen wird, vgl *Hölscheidt in Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 232 AEUV Rz 12.

6 *Szczekalla in Pechstein/Nowak/Häde* Frankfurter Kommentar Art 224 AEUV Rz 6.

7 Art 138 Abs 3 EWGV (nun Art 223 AEUV).

8 Art 14 Abs 3 EUV.

9 ABl L 1976/278, 1; zuletzt geändert durch Beschluss 2018/994 des Rates v 13.7.2018, ABl L 2018/178, 1.

10 Art 8 Abs 2 DWA.

11 *Hölscheidt in Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 14 EUV Rz 67.

12 S Übersicht bei *Hölscheidt in Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 223 AEUV Rz 56.

13 Vgl EuG 10.4.2003, T-353/00, *Jean-Marie Le Pen/EP*, ECLI:EU:T:2003:112, Rn 83.

14 *Hölscheidt in Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 223 AEUV Rz 56.

15 Vgl Beschluss 2018/937 des EU-Rates v 28.6.2018 über die Zusammensetzung des EP, ABl LI 2018/165, 1.

16 Art 14 Abs 2 EUV.

der Wahlgrundsätze auch die Gleichheit, denn während auf ein in Malta gewähltes MEP ca 71.000 Malteser\_innen entfallen, sind es in Deutschland eines MEP ca 843.000 Deutsche und eines österr MEP ca 474.000 Österreicher\_innen.<sup>17</sup>

Die Chance, einen Schritt in Richtung transnationaler Listen zu machen und die im Zuge des *Brexit* freiwerdenden britischen 73 Sitze im EP bei der Europawahl 2019 derart zu besetzen,<sup>18</sup> wurde mit der letzten Reform jedoch vertan: Die Änderungen des DWA im Juli 2018<sup>19</sup> betreffen stattdessen ua die Einführung einer Sperrklausel,<sup>20</sup> die Verhinderung einer doppelten Stimmabgabe in mehreren MS und die Stärkung der Sichtbarkeit europäischer Parteien in den MS. Mit letzterer Maßnahme ist es nun erlaubt, dass „die Stimmzettel den Namen oder das Logo der europäischen politischen Partei, der die nationale politische Partei oder der Einzelbewerber angehört, tragen.“<sup>21</sup> Damit werden die Wähler\_innen über die Zugehörigkeit zu einer europäischen Partei zwar informiert, sie können aber weiterhin bloß nach nationalen Listen (und damit nationale Parteienvertreter\_innen) wählen. Das EP wird nach dem erfolgten *Brexit* von dzt 751 Sitzen auf 705 reduziert – 27 Sitze werden auf verbleibende MS aufgeteilt, wobei Ö einen weiteren (insgesamt 19) erhält.<sup>22</sup>

#### 4. Parteienbegriff im Unionsrecht

Das unionsrechtliche Umfeld, in dem sich Parteien auf europäischer Ebene bewegen, ist aufgrund der Teilung des Wahlverfahrens in unionsrechtliche und nationale Bestimmungen nicht einheitlich. Aber nicht nur deshalb ist die Bildung genuin europäischer Parteien, die von Unionsbürger\_innen und nicht nationalen Parteien getragen werden, erschwert, wie ein Blick ins europäische Parteienstatut zeigt.

##### 4.1. Primärrecht: *Politische Parteien auf europäischer Ebene*

Mit dem Vertrag von Maastricht<sup>23</sup> wurden *politische Parteien auf europäischer Ebene* erstmals im Primärrecht erwähnt.<sup>24</sup> Im geltenden Primärrecht sind diese in Art 10 Abs 4 EUV, Art 224 AEUV und Art 12 Abs 2 GRC verankert. Das Primärrecht setzt dabei den Parteibegriff voraus; es nimmt keine Definition vor, sondern legt bloß die Aufgaben der Parteien fest. Damit wird dem Unionsgesetzgeber ein weites Ermessen bei

<sup>17</sup> Haltern, Europarecht 333.

<sup>18</sup> Vgl. Lanser/Potocnik-Manzouri/Safron/Tillian/Wieser, Die Europäische Union im Angesicht politischer und technologischer Herausforderungen – alter Wein in neuen Fässern? ZfV 2017/45, 446.

<sup>19</sup> Beschluss 2018/994 des Rates v 13.7.2018, ABl L 2018/178, 1.

<sup>20</sup> Vgl. in *thema* dieses Hefts: Radatz, Wasted votes – Zeit aufzuräumen? Die Problematik der Sperrklausel auf nationaler und europäischer Ebene, *juridikum* 2018, 514.

<sup>21</sup> Art 1 Beschluss 2018/937 des EU-Rates v 28.6.2018, ABl LI 2018/165, 1.

<sup>22</sup> Beschluss 2018/937 des EU-Rates v 28.6.2018.

<sup>23</sup> Art 138a EGV-Maastricht.

<sup>24</sup> Heselhaus in Pechstein/Nowak/Häde Art 10 EUV Rz 44.

der Ausgestaltung von Parteiregelungen auf Grundlage des Art 224 AEUV eingeräumt.<sup>25</sup> Mit der VO 2004/2003<sup>26</sup> wurden erstmals Regelungen zu europäischen Parteien geschaffen, wobei sich diese grds auf die Frage der Finanzierung der europäischen Parteien beschränkten.<sup>27</sup> Seit 2017 besteht ein neues Parteienstatut, VO 1141/2014<sup>28</sup>, welches das alte ersetzte und ein umfassendes Statut brachte. Zuletzt wurde dieses im Jahr 2018 mit VO 2018/673 geändert<sup>29</sup> und der Zugang zur Finanzierung aus dem Haushalt der Union erschwert.

#### 4.2. Sekundärrecht: *Europäische politische Parteien*

Das Parteienstatut 2014 führte einen neuen Begriff neben dem primärrechtlichen ein: den der *europäischen politischen Partei*. Dabei ist weiterhin – wie nach dem Parteienstatut 2003 – die Organisation dieser Parteien in zwei Formen möglich: Als strukturierte Zusammenarbeit zwischen politischen Parteien und/oder zwischen Bürger\_innen.

Das Parteienstatut 2014 brachte jedoch nicht nur einen neuen Parteienbegriff, sondern beseitigte auch Kritik am alten Parteienstatut: Nicht nur wurde erstmals eine unionsweite Rechtspersönlichkeit, sondern auch eine neue Behörde eingerichtet, die den „Zweck der Eintragung, Kontrolle und Sanktionierung von europäischen politischen Parteien“<sup>30</sup> erfüllt. Bei der Behörde müssen diese in einem Register eingetragen werden, um Rechtspersönlichkeit und finanzielle Unterstützung zu erhalten. Die Behörde überprüft regelmäßig die Einhaltung der Eintragungsvoraussetzungen (Sitz in MS; bestimmtes Ausmaß an transnationaler Vertretung in nationalen Parlamenten oder im EP durch Mitgliedsparteien; Teilnahme an den Wahlen zum EP; keine Gewinnzwecke; Programm und Tätigkeit in Einklang mit den Werten nach Art 2 EUV).<sup>31</sup>

Mit der Änderung durch VO 2018/673 kann das Erfordernis der transnationalen Vertretung nur mehr durch Mitgliedsparteien – jedoch nicht mehr durch Individuen – erbracht werden. Die Gründung einer europäischen politischen Partei durch Unionsbürger\_innen allein ist damit nicht mehr möglich.<sup>32</sup> Auch wenn Individuen (weiterhin) Mitglieder der europäischen politischen Parteien sein können, wurden diese als Parteibünde bisher ganz überwiegend von nationalen Parteien getragen und gelenkt und nicht von Unionsbürger\_innen. Dieser Status quo wird durch diese Änderung einzementiert.

---

25 Lienbacher/Kröll in Schwarze, EU-Kommentar<sup>3</sup> Art 10 EUV Rz 23.

26 VO 2004/2003 des EP u des Rates v 4.11.2003, ABl L 2003/297, 1.

27 Vgl Hölscheidt in Grabitz/Hilf/Nettesheim Art 224 AEUV Rz 51.

28 VO 1141/2014 des EP u des Rates v 22.10.2014, ABl L 2014/317, 1.

29 VO 2018/673 des EP u des Rates v 3.5.2018 zur Änderung der VO 1141/2014, ABl L 2018/114, 1.

30 Art 6 Abs 1 VO 1141/2014.

31 Art 3 VO 1141/2014 idF VO 2018/673.

32 Philipp, Finanzierung von Parteien und deren Stiftungen, EuZW 2018, 436.

## 5. Fazit

Politische Parteien stellen nach *Kelsen* ein wesentliches Element repräsentativer Demokratien dar: Nach ihm „[beruht] die moderne Demokratie [nicht nur] geradezu auf den politischen Parteien“ – es wäre vielmehr „Selbsttäuschung und Heuchelei [zu] vermeiden, dass Demokratie ohne politische Parteien möglich sei.“<sup>33</sup> Auch die europäische Demokratie braucht daher Parteien, die als Bindeglied zu den Unionsbürger\_innen fungieren. Dazu ist es aber notwendig, dass die europäischen Parteien nicht bloß Zusammenschlüsse nationaler Parteien sind, sondern als echte Parteien ausgestaltet sind, die Unionsbürger\_innen die unmittelbare Möglichkeit zur Beteiligung geben.

Die „Bedeutung [von Parteien ist aber nach *Kelsen* auch] um so größer [...], je stärker das demokratische Prinzip verwirklicht ist.“<sup>34</sup> Die Ausgestaltung der Demokratie auf europäischer Ebene ist offensichtlich noch ausbaufähig: Angesprochen ist dabei ein einheitliches Wahlverfahren für die Wahlen zum EP mit transnationalen Listen und einer gleichen Gewichtung der Stimmen aller Unionsbürger\_innen. Diese noch nicht ausreichende Verwirklichung des demokratischen Prinzips bietet einen Gradmesser für die dzt Bedeutung europäischer Parteien für Europas Demokratie.

Mag. Nikolaus Wieser ist Mitherausgeber des *juridikum* und arbeitet als Universitätsassistent am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung der Universität Wien; nikolaus.wieser@univie.ac.at

---

<sup>33</sup> *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie<sup>2</sup> (1929), 19.

<sup>34</sup> *Kelsen*, 19.

# Geeint gegen Europa?<sup>1</sup>

(In-)Kohärenz populistisch-rechtsradikaler Parteien in ihren Forderungen zur Reform verschiedener EU-Politikfelder

Georg Plattner

---

## 1. Relevanz und Forschungsfrage

Populistisch-Rechtsradikale Parteien (PRRPs) scheinen die großen Profiteurinnen der multiplen Krisen<sup>2</sup> der Europäischen Union zu sein. Ihre Erfolge bei nationalen Wahlen wie auch bei den Wahlen zum Europäischen Parlament (EP) 2014 sowie ihre radikal EU-skeptischen Positionen werfen die Frage auf, auf welche Art und Weise diese Parteien die EU verändern würden, sollte sich ihr Erfolgslauf weiter fortsetzen. Bereits jetzt sind beinahe 25 % der Mitglieder des EP (MEPs) Abgeordnete von PRRPs (siehe *Janssen* 2016: 8), und sie stellen in drei politischen Fraktionen des EP (zusammengesetzt aus sich politisch/ideologisch nahestehenden MEPs) eine relevante Zahl an Mitgliedern. Gerade mit Blick auf die 2019 stattfindenden Wahlen zum EP und den erwarteten erneuten Zugewinnen an rechtsradikalen MEPs wird die Frage nach dem Potential der rechtsradikalen Parteien als gemeinsamer Block immer relevanter.<sup>3</sup>

Parteien, die nicht regelmäßig in nationalen Regierungen vertreten sind, können via über eine starke und stabile Fraktion im EP Einfluss und Gewicht im europäischen Entscheidungsprozess erhalten und erhöhen damit die Chancen, ihre Ziele zu erreichen (siehe hierzu etwa *Maurer, Parkes* ua 2008). Daher streben Parteien normalerweise die Mitgliedschaft in einer starken Fraktion an. Eine wichtige Voraussetzung für das Entstehen, aber auch für die Stabilität der Fraktionen, ist Kohärenz in zentralen Politikfeldern (s *Bressanelli* 2012: 751ff, *McElroy* und *Benoit* 2010: 381). PRRPs sollten daher danach streben, eine möglichst große Fraktion mit in Kernfragen gleichgesinnten Mitgliedern zu gründen, um somit ihren Einfluss zu maximieren. Im 8. EP (2014–2019) sind die PRRPs jedoch in drei verschiedenen Fraktionen in signifikanter Zahl vertreten. Dies widerspricht der genannten Logik und zieht daher die Frage nach sich, warum die PRRPs bislang nicht in der Lage schienen, eine solche geschlossene Fraktion zu gründen.

---

1 Der vorliegende Beitrag basiert auf der Dissertation des Autors, die an der Universität Wien am Institut für Europäische Integrationsforschung unter Betreuung von *Gerda Falkner* verfasst wird. Die Dissertation ist eingebettet in ein größeres Forschungsprojekt, in dem sämtliche im EP vertretenen PRRPs untersucht werden. Erste Ergebnisse wurden als Working Paper am European University Institute veröffentlicht (online abrufbar unter [cadmus.eui.eu/handle/1814/56165](http://cadmus.eui.eu/handle/1814/56165) [23.8.2018]).

2 Wirtschaftskrise, Finanz- und Währungs Krise, Krisen in der direkten Nachbarschaft (Arabischer Frühling, Ukraine etc) und die damit verbundene Krise der Migrationspolitik, siehe hierzu ua *Falkner* (2017: 3).

3 Vgl dazu in *thema* dieses Hefts: *Wieser*, Europäische Demokratie und Parteien, *juridikum* 2018, 498.

Die politikwissenschaftliche Forschung zum Themenkomplex der PRRP ist mannigfaltig, speziell im Bereich der Parteienforschung.<sup>4</sup> Auch rechtsradikale Parteien im Kontext der EU sind immer wieder Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen.<sup>5</sup> Die Kooperation dieser Parteien auf transnationaler, europäischer Ebene rückt jedoch nur vergleichsweise selten in den Fokus des wissenschaftlichen Interesses.<sup>6</sup>

Das Ziel dieses Beitrags und der zugrundeliegenden Forschungsarbeit ist es, diese Forschungslücke in Bezug auf die *policy*-Forderungen der PRRPs im EP, und damit auch auf ihre Kooperationsfähigkeit, zu schließen. Hierfür wird, aufbauend auf bisherigen Forschungsergebnissen zu politischen Fraktionen, die Frage gestellt, wie kohärent die PRRPs in ihren Forderungen zur Reform verschiedener EU-Politikfelder sind.

## 2. Forschungsdesign

Für diese Analyse wird der Begriff der PRRPs (in Analogie zum englischen *populist radical right parties*) verwendet, der in der Lit die größte Reichweite genießt und von *Cas Mudde* in seinem Standardwerk „Populist Radical Right Parties in Europe“ (2007) definiert wurde. Die hier untersuchten Parteien sind (i) populistisch, da sie sich selbst als einzig legitime Repräsentanten des „wahren Volkes“ sehen, während die anderen Parteien Teil der „korrupten Elite“ seien (*Mudde* 2007: 23, sowie Müller 2016); (ii) rechts, da sie glauben, dass „primäre Ungleichheiten zwischen Menschen natürlich sind und sich außerhalb der Reichweite des Staates befinden“ (*Mudde* 2007: 26); sowie (iii) radikal, da sie „einige Kerneigenschaften der liberalen Demokratie ablehnen, vor allem Pluralismus und den konstitutionellen Schutz von Minderheiten“ (ebd: 25).

Alle im Rahmen dieses Beitrags analysierten Parteien werden in der wissenschaftlichen Lit als dieser Parteifamilie zugehörig angesehen.<sup>7</sup>

Die Analyse in diesem Beitrag umfasst drei politische Fraktionen sowie vier ihrer nationalen Mitgliedsparteien im 8. EP (2014–2019). Das erste Kriterium für die Auswahl der nationalen Parteien war ihre Definition als PRRP (s o). Des Weiteren sollten die Parteien auf alle drei politischen Fraktionen verteilt sein, die eine signifikante Zahl<sup>8</sup> an PRRPs beherbergen. Darüber hinaus wurden für den hier vorliegenden Beitrag nur Parteien gewählt, deren Dokumente in für den Autor bearbeitbaren Sprachen verfasst wurden.<sup>9</sup>

4 Siehe ua *Art* (2013), *Betz* (1994), *Ignazi* (2003), *Mudde* (2007), sowie *Rydgren* (2007).

5 Ua *Brack* (2018), *Szczerbiak* und *Taggart* (2008), *Vasilopoulou* (2018).

6 *McDonnell* und *Werner* (2017) befassen sich in ihrer Studie mit nationalen Beweggründen für die Weigerung der nordischen PRRPs, sich dem ENF anzuschließen. *Startin* und *Brack* (2017) beschreiben detailliert die bisherigen Schwierigkeiten der PRRPs, sich in Europa zu koordinieren und gemeinsam zu agieren, schließen aber in ihrer Conclusio, dass eine größere Einheit sichtbar, und weitere Kooperation durchaus wahrscheinlich ist.

7 Die Einordnung der FPÖ wird durch *Mudde* (2007: 44) selbst vorgenommen. Die deutsche AfD wird seit dem Führungswechsel zu *Frauke Petry* und *Jörg Meuthen* ebenfalls als PRRP angesehen (siehe *Mudde* 2016: 43ff., 2017: 15f). Für die britische UKIP haben *Goodwin* und *Dennison* (2018) ihre Entwicklung von einer *single-issue* Partei zu einer PRRP protokolliert. Für die finnische PS hat *Arter* (2010) die Klassifizierung durchgeführt.

8 Signifikant bedeutet hier mindestens zwei, um eine Vergleichsmöglichkeit der Positionen zu ermöglichen.

9 Im Gesamtprojekt werden alle 16 im EP vertretenen populistisch-rechtsradikalen Parteien und insgesamt 38 Dokumente untersucht.

Der Datensatz besteht aus den Partei- und Wahlprogrammen der vier Parteien und drei politischen Fraktionen. Die Daten wurden ausgewählt, da davon ausgegangen werden kann, dass programmatische Dokumente der Ausdruck eines gemeinsamen Aushandlungsprozesses innerhalb der Parteien sind, Leitlinien für die Arbeit dieser Parteien darstellen (s *Laver, Benoit* ua 2003: 311), und stabilere Indikatoren von politischen Forderungen darstellen als bspw Wahlkampfreden. Die Daten wurden nach zwei Hauptkriterien ausgewählt: Zum einen wurde das Wahlprogramm der nationalen Parteien für die Wahl zum EP 2014 herangezogen, da hier der Fokus notwendigerweise auf Reformvorschlägen für die EU lag.<sup>10</sup> Zum anderen wurde das Parteiprogramm in der jeweils aktuellsten Fassung verwendet, um auch den nationalen Diskurs abseits von Wahlen zu reflektieren.<sup>11</sup> Mit diesen Kriterien als Grundlage wurden 16 Dokumente folgender Fraktionen und Parteien analysiert:

*Tabelle 1: Liste der analysierten Parteien und Fraktionen samt zugehöriger Dokumente*

Fraktion / Nationale Partei	Dokumente		
<b>Europäische Konservative und Reformer (ECR)</b>	ECR Brochure (2016)	ECR Magazine: Facing The Challenges Of The Future (2015)	ECR in the EP committees (2015)
Perussuomalaiset (Die Finnen, PS)	EU-Wahlprogramm (2014)	Nationales Wahlprogramm (2015)	
<b>Europa der Nationen und der Freiheit (ENF)</b>	Charta (1 Artikel) (2016)	Beyond Brussels (2016) <sup>12</sup>	Wahlprogramm: European Alliance for Freedom (2014)
Freiheitliche Partei Österreichs (FPÖ)	EU-Wahlprogramm (2014)	Parteiprogramm (2011)	Leitantrag „Für ein Freies Europa“ (2013)
Alternative für Deutschland (AfD)	EU-Wahlprogramm (2014)	Parteiprogramm (2016)	
<b>Europa der Freiheit und der direkten Demokratie (EFDD)</b>	EFDD – Your Voice in the European Parliament (2014)		
United Kingdom Independence Party (UKIP)	EU-Wahlprogramm (2014)	Wahlprogramm zur Unterhauswahl (2015)	

10 Der Großteil der EU-Wahlprogramme wurde dankenswerterweise von den ForscherInnen des Euromanifestos Project 2014 zur Verfügung gestellt, welches an der Universität Mannheim durchgeführt wurde.

11 Die Parteiprogramme wurden auf den Homepages der Parteien gefunden und heruntergeladen. In zwei Fällen (britische UKIP und finnische PS) existieren keine klassischen Parteiprogramme, da diese Parteien bislang keine produzierten. Hier wurden stattdessen die Wahlprogramme zu den letzten nationalen Wahlen herangezogen.

12 Hrsg: Atkinson, MEP.

Die Textdokumente der Fraktionen und Parteien wurden mittels der qualitativen Inhaltsanalyse (sua *Krippendorff* 2004) analysiert. Hierfür wurde ein Datensatz erstellt, in dem sämtliche Aussagen der Parteien und Fraktionen gesammelt wurden, die aus den Dokumenten durch sorgfältiges mehrfaches Lesen extrahiert werden konnten. Anschließend wurden diese Aussagen codiert. Die verwendeten Codes beziehen sich jeweils auf spezifische und unterscheidbare Statements (172 Forderungen insgesamt<sup>13</sup>) aus den Dokumenten, die sich auf EU-Politikfelder beziehen. Die Statements wurden daraufhin anhand der bestehenden Ziele und Instrumente der EU für diese Politikfelder codiert. Die Codierung basiert daher auf EU-Primärrecht (EUV, AEUV, GRC usw), sowie relevantem Sekundärrecht (VO, RL usw). Die Aussagen wurden abschließend kategorisiert in spezifische, konkrete „Themen“ (die sich am EU-Recht orientierenden Codes), übergeordnete „Politikbereiche“ und breit gefasste „Politikcluster“.

Um die Richtung und die Tiefe der geforderten Veränderungen zu katalogisieren, werden etablierte Konzepte der Politikfeldanalyse herangezogen: Für die Richtung der Veränderung wird eine Abwandlung von *Michael Bauers* und *Christoph Knills* Konzept des *policy dismantling* benutzt (*Bauer* und *Knill* 2012; 2014). *Policy dismantling* beschreibt hier die Forderung nach einem Abbau von eingesetzten Mitteln oder einer Rücknahme von gesetzten Schritten in einem bestimmten Politikfeld, während *policy extension* die Forderung nach einer Ausweitung von Mitteln oder Engagement im Politikfeld bezeichnet. Bei gleichbleibender Tätigkeit spricht man dementsprechend vom Erhalt des Status Quo. Für die Tiefe der angestrebten Veränderung wird *Peter Halls* (1993) Konzept des *policy change* herangezogen, in einer vereinfachten Form: Veränderungen auf dem ersten Level beziehen sich auf Änderungen in der Feinabstimmung eines Politikfeld-Instruments. Veränderungen auf dem zweiten Level bedeuten Veränderungen der Instrumente eines Politikfelds, nicht jedoch ihres Ziels. Veränderungen auf dem dritten Level betreffen direkt die Zielstellung eines Politikbereichs. Die Bestimmung des Levels erfolgte mit Hilfe des relevanten EU-Rechts, welches notwendigerweise Ziel, Instrumente oder Feinabstimmungen eines Politikfeldes beschreibt. Mit Hilfe dieser zwei Dimensionen von Veränderung (Richtung und Tiefe) wurden die codierten Statements erneut klassifiziert, um so die Kohärenz der Aussagen feststellen zu können.

Ausgehend von der relevanten politikwissenschaftlichen Lit können einige wissenschaftliche Annahmen über die *policy*-Forderungen der PRRPs getroffen werden:

Die PRRPs werden in ihrer Opposition gegen liberale Werte und Verbesserungen im Bereich der „New Politics Dimension“<sup>14</sup> kohärent sein. Hierzu zählt der Kampf gegen Diskriminierung von ethnischen, sexuellen oder religiösen Minderheiten, aber auch Fragen

---

13 Ohne Doppel-Forderungen, dh eine Partei oder Fraktion stellt mehrmals eine gleiche Forderung, bleiben 135 Statements.

14 „New Politics“ bezieht sich auf die von *Kitschelt* und *Hellemans* (1990) entworfene Darstellung des politischen Raums entlang der Dimensionen autoritär/libertär. Libertär bezeichnet hierbei die Unterstützung für positive Freiheiten, Individualismus und liberale Werte.

der Ökologie. Grund für die Annahme ist ihre Einordnung als TAN auf der von *Hooghe* und *Marks* entwickelten GAL/TAN<sup>15</sup>-Dimension des politischen Raums (Annahme 1). Darüber hinaus wird angenommen, dass sie eine stark nationalistische<sup>16</sup> Politik verfolgen und sich daher gegen weitere Kompetenzverschiebungen hin zu EU-Institutionen aussprechen, speziell in Bereichen, die nationale Kernkompetenzen berühren (Annahme 2). Im Gegensatz dazu wird erwartet, dass die PRRPs kaum Kohärenz auf der sozio-ökonomischen Rechts-Links Achse besitzen, die va zwischen marktliberal und sozialstaatlich unterscheidet. Ökonomische Überzeugungen sind laut *Mudde* (2007: 25) auch nicht Teil ihrer Kernideologie (Annahme 3).

### 3. Empirische Analyse

#### 3.1. „New Politics“ Cluster

Im Bereich Anti-Diskriminierung fordern sämtliche sich äußernde AkteurInnen kohärent *dismantling* in allen vergleichbaren Themen (Gleichheit zwischen Mann und Frau, Religions- und Glaubensfreiheit sowie das Recht für alle, eine Familie zu gründen).

*Tabelle 2: Überblick: Veränderungsvorschläge im „New Politics“ Cluster: Tiefe des policy change*

	Politikfeld	Gesamt	Ziele	Instrumente	Settings
New Politics	Antidiskriminierung	10	10	0	0
	Ökologie	16	6	10	0
	Migration	18	14	4	0

Im Bereich Ökologie gibt es eine Bereitschaft einiger AkteurInnen, Aktivitäten der EU zu unterstützen, jedoch nur auf dem Level von Instrumenten. Sobald die Aussagen Ziele verschiedener Politikfelder betreffen, widersetzen sich die sich äußernden Parteien einer progressiven europäischen Politik, bspw im Bereich Klimaschutz oder bei der Position bezüglich erneuerbarer Energien.

Im Politikfeld der Migration finden wir erste überraschende Ergebnisse vor: Sowohl die ECR Fraktion als auch die deutsche AfD widersprechen sich selbst in ihren Dokumenten. Die AfD fordert in ihrem EU-Wahlprogramm eine gemeinsame Asylpolitik und progressive Regelungen für Asyl(be)werberInnen, während sie in ihrem Parteiprogramm aus 2016 fordert, Asylanträge nur noch in Transitzentren außerhalb der EU durchführen zu lassen. Dieser interne Konflikt kann durch einen Führungswechsel in der Partei erklärt werden: 2014 war die AfD noch nicht durchgehend populistisch-rechtsradikal und das

15 GAL steht für Grün, Alternativ, Liberal; TAN steht für Traditionell, Autoritär, Nationalistisch. Siehe *Hooghe, Marks* ua (2002).

16 „Nativismus“, die radikale Version von Nationalismus, ist ein ideologisches Kernstück der PRRPs, siehe *Mudde* (2007: 19).

Programm wurde maßgeblich durch die liberaleren Kräfte um Parteigründer *Bernd Lucke* gestaltet. Das Parteiprogramm 2016 hingegen spiegelt die Entwicklung der Partei hin zu einer PRRP und die neue Führung unter *Frauke Petry* und *Jörg Meuthen* wider. Der interne Konflikt in der ECR Fraktion kann hingegen durch unterschiedliche Schwerpunkte bzw Zielsetzungen erklärt werden. Einerseits forderte der litauische MEP *Roberts Zile* mit dem Ziel, das glatte Funktionieren des Binnenmarktes zu gewährleisten, eine gemeinsame EU-Politik für Migration. Andererseits positioniert sich die Fraktion gegen einen gemeinsamen europäischen Zugang zur Migrationspolitik und plädiert für die nationale Kompetenz der MS in diesem Bereich. Diese zwei widersprüchlichen Aussagen von ECR und AfD sind für zwei der drei *extension*-Forderungen verantwortlich. Die dritte Forderung stammt von der finnischen PS und bezieht sich auf ein hartes Grenzregime der EU an den Außengrenzen. Die zwei Statements zum Status Quo beziehen sich auf die Dublin-Regulierung, was wenig überraschend ist und der generellen Annahme auch nicht widerspricht.

Tabelle 3: Überblick: Statements im „New Politics“ Cluster: Richtung des policy change

	Politikfeld	Gesamt	Dismantling	Status Quo	Extension
New Politics	Antidiskriminierung	10	9	1	0
	Ökologie	16	11	1	4
	Migration	18	13	2	3

Annahme 1 wird durch die hier vorgenommene Analyse weitestgehend bestätigt. Die Parteien befürworten konservativere Politik in diesem Bereich und sind gegen progressive Politik im „New Politics“ Cluster. Sie sind sich in den vergleichbaren Politikfeldern auch einig in ihrer Opposition zu – bzw ihrem Ruf nach *dismantling* von – bestimmten liberalen Freiheiten in der EU.

### 3.2. „Staatliche Kernkompetenzen“ Cluster

Der zweite Cluster ermöglicht die Prüfung von Annahme 2, wonach PRRPs prinzipiell den Transfer von Kompetenzen von der nationalen auf die EU-Ebene ablehnen, speziell wenn staatliche Kernkompetenzen betroffen sind. Auf den ersten Blick überwiegt auch hier mit 80 % die Forderung nach *dismantling*, doch eine genaue Analyse zeigt interessante Unstimmigkeiten.

Der Bereich „Interne Grenzen“, der sich va mit Fragen der Grenzkontrollen innerhalb der EU und der Bewegungs- und Niederlassungsfreiheit befasst, ist auf den ersten Blick sehr kohärent. Lediglich zwei Aussagen wurden gefunden, die sich nicht für *dismantling* einer gemeinsamen EU-Grenzpolitik aussprechen. Auch hier ist es wieder ein interner Widerspruch bei der dt AfD, der die Kohärenz in diesem Politikfeld beeinträchtigt: Während sie 2014 die ArbeitnehmerInnenfreizügigkeit bekräftigte und sich somit zum Status Quo bekannte, will die Partei 2016 diese auf Grund von nationalistischen Bedenken ein-

schränken. Das zweite Statement, das sich zum Status Quo bekennt, stammt ebenfalls von der AfD, ist aber ein Statement ohne vergleichbare Statements anderer Parteien zu einem Ziel. Generell kann gesagt werden, dass das Politikfeld „Interne Grenzen“ kohärent wäre, wenn es nicht den internen Widerspruch der AfD gäbe.

Tabelle 4: Überblick: Statements im „Staatliche Kernkompetenzen“ Cluster: Tiefe des policy change

	Politikfeld	Gesamt	Ziele	Instrumente	Settings
Staatliche Kernkompetenzen	Interne Grenzen	10	10	0	0
	Wirtschafts- und Währungsunion	13	7	6	00
	EU Budget	1	1	0	0
	Außen-, Sicherheits- und Verteidigungspolitik	15	5	10	0
	+ Special Case: Geopolitische Orientierung <sup>17</sup>	6			

Der zweite analysierte Politikbereich befasst sich mit der „Wirtschafts- und Währungsunion“. In diesem Bereich ist es die ECR Fraktion bzw ihre finnische Mitgliedspartei, die dem allgemeinen Trend hin zu *dismantling* entgegenstehen. Die ECR Fraktion fordert eine Vervollständigung der „Bankenunion“ und die Auflösung der gemeinsamen Währungsunion (gemeinsam mit AfD und FPÖ sowie den zwei politischen Fraktionen ENF und EFDD), während sich die finnische PS zum Status Quo in den zwei Themen „Wirtschaftsunion“ sowie „Währungsunion“ bekennt. Der Bereich „EU-Budget“ umfasst lediglich ein einzelnes Statement und kann somit nicht verglichen werden.

Im Bereich der gemeinsamen „Außen-, Sicherheits- und Verteidigungspolitik“ steht die FPÖ mit ihrer Forderung nach einer gemeinsamen Verteidigungsarchitektur allein da. Drei andere AkteurInnen (finnische PS, dt AfD, ECR Fraktion) positionieren sich strikt gegen eine gemeinsame Verteidigungspolitik. Die Forderung der FPÖ ist insofern überraschend, als dass die aus der Theorie abgeleiteten Annahmen darauf hingedeutet haben, dass sich die PRRPs strikt gegen die Vergemeinschaftung von staatlichen Kernkompetenzen wenden würden – was die Landesverteidigung zweifellos ist. Der Grund hierfür liegt möglicherweise im Anti-Amerikanismus und den Anti-NATO Ressentiments der FPÖ begründet, die die Partei scheinbar zu einer europäischen Lösung tendieren lassen. Auch die weiteren Themen in diesem Politikbereich sind durchmischt, es gibt kaum Kohärenz, wenngleich die Mehrheit der Statements sich für *dismantling* ausspricht.

Ein interessanter Zwiespalt besteht im Sonderfall der „geopolitischen Orientierung“, der die Statements der Parteien und Fraktionen hinsichtlich möglicher BündnispartnerInnen behandelt. Während die FPÖ klar anti-amerikanisch und anti-NATO argumentiert, ist

<sup>17</sup> Dieser Spezialfall kann nicht an Hand der bestehenden Operationalisierung auf Kohärenz gemessen werden, da die Daten lediglich die Einordnung in pro/contra BündnispartnerIn zulassen.

die dt AfD in ihren Dokumenten klar pro-USA und pro-NATO. Die ECR-Fraktion bekräftigt das transatlantische Bündnis, äußert sich aber nicht zu den USA.

*Tabelle 5: Überblick: Statements im „Staatliche Kernkompetenzen“ Cluster: Richtung des policy change*

	Politikfeld	Gesamt	Dismantling	Status Quo	Extension
Staatliche Kernkompetenzen	Interne Grenzen	10	8	2	0
	Wirtschafts- und Währungsunion	13	10	2	1
	EU Budget	1	1	0	0
	Außen- Sicherheits- und Verteidigungspolitik	15	11	2	2
	+ Special Case: Geopolitische Orientierung	6			

Alles in allem zeigt dieser Cluster bemerkenswerte Unstimmigkeiten zwischen den Parteien, die so nicht zu erwarten waren. Nur drei der zehn vergleichbaren Themen in sämtlichen Politikfeldern sind kohärent, daher muss Annahme 2 als widerlegt angesehen werden. Die rechtsradikalen Parteien scheinen sich keineswegs einig zu sein in einer Ablehnung europäischer Ansätze bei Politikfeldern, die staatliche Kernkompetenzen berühren.

### 3.3. Sozio-Ökonomie Cluster

Der Sozio-Ökonomie Cluster beschäftigt sich mit Themen wie bspw dem freien Markt und einer einheitlichen europäischen Sozialpolitik. Dieser Cluster verhält sich konform mit Annahme 3, die besagt, dass die Parteien in diesem Bereich inkohärent sein werden, da sozioökonomische Fragen nicht zu den Kernthemen der PRRPs zählen und sie daher keine besonders ausformulierten, präzisen Forderungen haben werden (elf Aussagen fordern *dismantling*, fünf *extensions* und drei verlangen die Beibehaltung des Status Quo). Dies ist bereits evident durch die geringe Anzahl an Forderungen, die in diesem Cluster kodiert wurden (19).

*Tabelle 6: Überblick: Statements im „Sozio-Ökonomie“ Cluster: Tiefe des policy change*

	Politikfeld	Gesamt	Ziele	Instrumente	Settings
Sozio-Ökonomie	Binnenmarkt	8	4	4	0
	Sozialpolitik	5	5	0	0
	Steuerpolitik	2	2	0	0
	Handelspolitik	4	0	3	0

Offenkundig wird die oben erwähnte Inkohärenz bei der Streitfrage eines gemeinsamen Binnenmarktes: Dies ist der einzige Politikbereich in der gesamten Analyse, in dem mehr Forderungen nach einer *extension* als nach *dismantling* gestellt werden. Die Parteien sind

sich offensichtlich uneins über den richtigen Zugang zur Frage des freien Handels innerhalb der Union.

Einig sind sie sich hingegen in ihrem Bestreben, die sozialen Errungenschaften im eigenen Land gegen andere EU-BürgerInnen zu verteidigen und eine nationale Sozialpolitik zu fordern. Diese Kohärenz ist daher auch eher durch den gemeinsamen Nationalismus zu erklären, als durch die sozio-ökonomischen Positionen der Parteien. In den übrigen Politikfeldern verhalten sie sich wieder mäßig kohärent. Der dritte Cluster zeigt sich im Ergebnis, entsprechend der Annahme 3, als insgesamt inkohärent.

Tabelle 7: Überblick: Statements im „Sozio-Ökonomie“ Cluster: Richtung des policy change

	Politikfeld	Gesamt	Dismantling	Status Quo	Extension
Sozio- Ökonomie	Binnenmarkt	8	3	1	4
	Sozialpolitik	5	5	0	0
	Steuerpolitik	2	0	2	0
	Handelspolitik	4	3	0	1

#### 4. Conclusio

Die hier in aller Kürze und Übersichtlichkeit vorgestellten Ergebnisse zur Kohärenz von PRRPs in Bezug auf EU-Politikfelder haben gezeigt, dass diese Parteien nicht per se als eine einheitliche Gruppe gesehen werden können, wenn man sich auf ihre *policy*-Forderungen bezieht. Die Parteien und die politischen Fraktionen, denen sie im EP angehören, zeigen Inkohärenzen in zwei der drei erstellten Cluster (wobei Inkohärenz im Sozio-Ökonomie Cluster anzunehmen war).

Es muss betont werden, dass die Mehrheit der Statements sich für *dismantling* aussprechen (76 %) und nur eine Minderheit für eine Ausweitung von EU-Politiken (13 %). Dies bestätigt die gängige Erwartung, dass diese Parteien tendenziell EU-skeptisch sind. Nichtsdestotrotz fordern alle vier Parteien in mindestens einem Bereich auch eine Ausweitung von EU-Politiken. Diese Parteien lehnen also keineswegs grundsätzlich sämtliche Aktivitäten der EU ab.

Selbstverständlich ist *policy*-Kohärenz bei weitem nicht der einzige Indikator für das Potential dieser Parteien, und die hier vorliegenden Ergebnisse sind keineswegs eine sichere Vorhersage. Viele andere Faktoren spielen eine Rolle für die Wahrscheinlichkeit einer Fraktionsbildung und deren Stabilität. Darüber hinaus sind programmatische Dokumente bei solch volatilen, sich verändernden Parteien wie den PRRPs nicht die einzige verlässliche Quelle für *policy*-Statements.

Welche Schlüsse können aus dieser Forschung gezogen werden? Zum einen kann gesagt werden, dass die hier untersuchten drei politischen Fraktionen sowie vier nationalen Mitgliedsparteien, zumindest was ihre programmatischen Dokumente angeht, nicht wie eine potentiell gemeinsame Fraktion wirken. Zu unterschiedlich sind ihre Forderungen zB im Bereich der gemeinsamen Verteidigung, des Binnenmarkts oder auch der geopolitischen

Orientierung. Sie sind zwar weitgehend kohärent in ihrer Ablehnung liberaler Werte und Freiheiten, doch darüber hinaus gibt es nur wenige Themen, in denen die Parteien im Gleichschritt sind. Die Wahrscheinlichkeit einer geschlossenen populistisch-rechtsradikalen Fraktion nach den EP-Wahlen 2019 sinkt daher, wenn man bedenkt, dass diese Kohärenz benötigt, um stabil zu bleiben (siehe *McElroy* und *Benoit* 2010: 381). Andere AutorInnen zeigten bereits, warum auch nationale Überlegungen diese Vereinigung erschweren könnten (*McDonnell* und *Werner* 2017). Der vorliegende Beitrag ergänzt diese und zeigt, dass auch Inkohärenz der *policy*-Forderungen ein Grund für die Komplikationen auf dem Weg zu einer geschlossenen PRR-Fraktion im EP sein kann.

Georg Plattner, MA, ist Doktorand am Institut für Europäische Integrationsforschung (EIF) der Universität Wien; georg.plattner@univie.ac.at

## Quellen

- Art, David (2013): *Inside the radical right: The development of anti-immigrant parties in Western Europe*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Arter, David, 2010. 'The Breakthrough of Another West European Populist Radical Right Party? The Case of the True Finns', *Government and Opposition*, 45 (4), 484–504 dx.doi.org/10.1111/j.1477-7053.2010.01321.x [13.11.2016].
- Bauer, Michael W. und Knill, Christoph (2012): Understanding Policy Dismantling: An Analytical Framework, In: Michael W. Bauer, Andrew Jordan, Christoffer Green-Pederson und Adrienne Héritier (Hrsg): *Dismantling Public Policy: Preferences, Strategies, and Effects*. Oxford: Oxford University Press.
- Bauer, Michael W. und Knill, Christoph, 2014. 'A Conceptual Framework for the Comparative Analysis of Policy Change: Measurement, Explanation and Strategies of Policy Dismantling', *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, 16 (1), 28–44 dx.doi.org/10.1080/13876988.2014.885186 [5.5.2017].
- Betz, Hans-Georg (1994): *Radical Right-Wing Populism in Western Europe*, New York City: Palgrave Macmillan US.
- Brack, Nathalie (2018): *Opposing Europe in the European Parliament: Rebels and Radicals in the Chamber*, London: Palgrave Macmillan UK.
- Bressanelli, Edoardo, 2012. 'National parties and group membership in the European Parliament: ideology or pragmatism?', *Journal of European Public Policy*, 19 (5), 737–754 dx.doi.org/10.1080/13501763.2011.646790 [5.5.2017].
- Falkner, Gerda (2017): The EU's current crisis and its policy effects: research design and comparative findings, In: Gerda Falkner (Hrsg): *EU Policies in Times of Crisis*. Abingdon: Routledge.
- Goodwin, Matthew und Dennison, James (2018): The Radical Right in the United Kingdom, In: Jens Rydgren (Hrsg): *The Oxford Handbook of the Radical Right*. New York City: Oxford University Press.
- Hall, Peter A., 1993. 'Policy Paradigms, Social Learning, and the State: The Case of Economic Policymaking in Britain', *Comparative Politics*, 25 (3), 275–296 jstor.org/stable/422246 [5.1.2017].
- Hooghe, Liesbet, Marks, Gary und Wilson, Carole J., 2002. 'Does Left/Right Structure Party Positions on European Integration?', *Comparative Political Studies*, 35 (8), 965–989 cps.sagepub.com/content/35/8/965.abstract [9.10.2016].
- Ignazi, Piero (2003): *Extreme Right Parties in Western Europe*, Oxford: Oxford University Press.
- Janssen, Thilo, 2016. *Geliebter Feind: Rechtsausenparteien und die Europäische Union*. Brüssel: Rosa-Luxemburg-Stiftung. rosalex.de/publication/42150/geliebter-feind.html [29.11.2016].
- Kitschelt, Herbert und Hellemans, Staf, 1990. 'The Left-Right Semantics and the New Politics Cleavage', *Comparative Political Studies*, 23 (2), 210–238 journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0010414090023002003 [2.2.2017].
- Krippendorff, Klaus (2004): *Content Analysis: An Introduction to its Methodology*, Thousand Oaks, CA: SAGE Publications.
- Laver, Michael, Benoit, Kenneth und Garry, John, 2003. 'Extracting Policy Positions from Political Texts Using Words as Data', *American Political Science Review*, 97 (2), 311–331 cambridge.org/core/article/extracting-policy-positions-from-political-texts-using-words-as-data/4F4676E80A79E01EAAB88EF3F2D1B733 [10.11.2017].

- Maurer, Andreas, Parkes, Roderick und Wagner, Markus, 2008. 'Explaining group membership in the European Parliament: the British Conservatives and the Movement for European Reform', *Journal of European Public Policy*, 15 (2), 246–262 doi.org/10.1080/13501760701817740 [4.12.2017].
- McDonnell, Duncan und Werner, Annika, 2017. 'Respectable radicals: why some radical right parties in the European Parliament forsake policy congruence', *Journal of European Public Policy*, Published Online, 1–17 dx.doi.org/10.1080/13501763.2017.1298659 [2.5.2017].
- McElroy, Gail und Benoit, Kenneth, 2010. 'Party Policy and Group Affiliation in the European Parliament', *British Journal of Political Science*, 40 (2), 377–398 doi.org/10.1017/S0007123409990469 [25.4.2017].
- Mudde, Cas (2007): *Populist Radical Right Parties in Europe*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Mudde, Cas, 2016. 'The Study of Populist Radical Right Parties: Towards a Fourth Wave', *Center for Research on Extremism (C-REX) Working Paper Series*, 2016 (1) sv.uio.no/c-rex/english/publications/c-rex-working-paper-series/Cas%20Mudde:%20The%20Study%20of%20Populist%20Radical%20Right%20Parties.pdf [25.5.2017].
- Mudde, Cas (Hrsg): (2017): *The Populist Radical Right: A Reader*, Abingdon: Routledge.
- Müller, Jan-Werner (2016): *What is Populism?*, Philadelphia, PA: University of Pennsylvania Press.
- Rydgren, Jens, 2007. 'The Sociology of the Radical Right', *Annual Review of Sociology*, 33 (1), 241–262 annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev.soc.33.040406.131752 [3.5.2017].
- Startin, Nicholas und Brack, Nathalie (2017): To cooperate or not to cooperate? The European Radical Right and pan-European cooperation, In: Benjamin Leruth John FitzGibbon, Nick Startin (Hrsg): *Euroscepticism as a Transnational and Pan-European Phenomenon: The Emergence of a New Sphere of Opposition*. Abingdon: Routledge.
- Szczerbiak, Aleks und Taggart, Paul (2008): *Opposing Europe?: The Comparative Party Politics of Euroscepticism Volume 1: Case Studies and Country Surveys*, Oxford: Oxford University Press.
- Vasilopoulou, Sofia (2018): *Far Right Parties and Euroscepticism*, London, New York: Rowman & Littlefield/ECPR Press.

# Wasted votes – Zeit aufzuräumen?

Zur Problematik der Sperrklausel auf nationaler und europäischer Ebene

Teresa Radatz

---

## 1. Einleitung

In Anbetracht der anstehenden Europawahl 2019 wurde nach langem Tauziehen eine Wahlrechtsreform auf europäischer Ebene beschlossen.<sup>1</sup> Es bleibt abzuwarten, ob die Änderungen schon für die Wahl zum Europäischen Parlament (EP) 2019 umgesetzt werden, da diese erst für die Wahl 2024 verpflichtend sind<sup>2</sup> und Wahlrechtsmodifikationen in einem Zeitraum von zwölf Monaten vor der Wahl als kritisch gesehen werden.<sup>3</sup> Was die Reformpunkte anbelangt, so ist neben anderen neuen Regelungen die Einführung einer verpflichtenden Sperrklausel<sup>4</sup> auf Europawahlebene geplant – diese stellt wohl die umstrittenste Neuerung dar. Als Sperrklausel bezeichnet man die Mindestprozentanzahl an Stimmen, die eine wahlwerbende Partei bei einer Wahl erhalten muss, um an der Mandatsvergabe teilnehmen zu können. Ihre Funktion besteht darin, einer Zersplitterung des Parlaments in zu viele kleine Parteien vorzubeugen. Obwohl sich MS wie Belgien und Italien gegen diese Änderung sträubten, konnte letztlich auf Drängen der dt BReg ein Konsens erzielt werden.<sup>5</sup>

Reformbestrebungen gab es seit 2015: So hat das EP bereits damals vorgeschlagen, eine obligatorische Sperrklausel einzuführen. Diese Schwelle sollte die ordnungsgemäße Arbeitsweise des EP sicherstellen, da damit einer weiteren Fragmentierung vorgebeugt werden würde. Im Zuge der Reform hat man sich nun auf jene Ausformung geeinigt, bei der MS mit Listensystem eine Mindestschwelle für die Zuweisung von Mandaten für Wahlkreise festlegen, die mehr als 35 Mandate umfassen. Außerdem gilt diese Regelung für

---

1 ABl L 2018/178, 1, im Folgenden „Beschluss des Rates aus 2018 zur Änderung des Direktwahlaktes“; *Europäisches Parlament (EP)*, Pressemitteilung v 4.7.2018 „Parliament backs a modernised EU electoral law“, [europarl.europa.eu/news/fi/press-room/20180628IPR06818/parliament-backs-a-modernised-eu-electoral-law](http://europarl.europa.eu/news/fi/press-room/20180628IPR06818/parliament-backs-a-modernised-eu-electoral-law) (5.9.2018).

2 *EP*, Pressemitteilung v 4.7.2018, [europarl.europa.eu/austria/de/aktuell-presse/meldungen/meldungen-2018/juli-2018/pr-2018-juli-5.html](http://europarl.europa.eu/austria/de/aktuell-presse/meldungen/meldungen-2018/juli-2018/pr-2018-juli-5.html) (5.9.2018).

3 *Venedig Kommission*, Code of Good Practice in Electoral Matters: Guidelines and Explanatory Report, CDL-AD(2002)023rev-e, Venedig, 18-19 Oktober 2002, 26.

4 Zuvor gab es nur eine Regelung zur einer fakultativen Sperrklausel, s Art 3, ABl L 1976/278, 1; zuletzt geändert durch ABl L 2002/283, im Folgenden „Direktwahlakt“ (DWA).

5 *Die Zeit*, EU beschließt Sperrklausel gegen deutsche Kleinstparteien, [zeit.de/news/2018-06/07/eu-beschliesst-sperrklausel-gegen-deutsche-kleinstparteien-180607-99-623210](http://zeit.de/news/2018-06/07/eu-beschliesst-sperrklausel-gegen-deutsche-kleinstparteien-180607-99-623210) (5.9.2018).

MS mit nur einem Wahlkreis. Zwar dürfen die MS die Höhe der Sperrklausel selbst bestimmen, jedoch darf der Schwellenwert nicht unter 2 % und nicht über 5 % liegen.<sup>6</sup>

Angesichts der Einführung einer unionsrechtlich verbindlichen Sperrklausel hagelte es Kritik. Die Vergangenheit hat mitunter gezeigt, dass ein großer Teil der Bedenken gegen die Sperrklausel bei Europawahlen seine Wurzeln in Karlsruhe, beim dt Bundesverfassungsgericht (BVerfG), hat.<sup>7</sup> Die Einführung der Sperrklausel auf europäischer Ebene gibt Anlass dazu, sich mit der Sperrklausel auf nationaler Ebene noch einmal genauer auseinanderzusetzen. Der Ruf von Sperrklauseln als „verfassungskonforme Garanten“ funktionsfähiger Parlamente geriet nämlich auch auf dieser Ebene zunehmend unter Beschuss.<sup>8</sup> Besonders prekär ist die Lage in Deutschland, wo bei der Bundestagswahl 2013 sogar 15,7 %<sup>9</sup> der gültig abgegebenen WählerInnenstimmen aufgrund der Sperrklausel verfallen sind – das sind ca 6,85 Millionen Stimmen. In Ö gingen so bei der Nationalratswahl (NR-Wahl) 2017 fast 6 %<sup>10</sup> bzw mehr als 300.000 Stimmen „verloren“ – das entspricht den WählerInnenstimmen von Graz oder dem Burgenland.

Im Folgenden wird die Sperrklausel und ihre Problematik im nationalen und europäischen Kontext erörtert. Dabei interessieren insb die Gleichheit des Wahlrechts<sup>11</sup> sowie das Phänomen des „taktischen Wählens“ aufgrund der Sperrklausel. Abschließend werden alternative Wahlmechanismen, wie das Rangfolgewahlsystem und die Eventualstimme, vorgestellt, welche diese Stimmenverluste verhindern und somit die Probleme aufgrund der Sperrklausel beseitigen könnten.

## 2. Allgemeines zur Sperrklausel

Auf die Frage „Sperrklausel, warum hast du so ein großes Maul?“ würde diese wohl antworten: „Damit ich der Parteienzersplitterung besser vorbeugen kann.“ Während es Sperrklauseln in verschiedensten Ausformungen (etwa gestaffelt nach der Zahl der Parteien im Wahlbündnis) und Höhen gibt, ist ein Schwellenwert von 5 %, wie in Deutschland, der häufigste Wert.<sup>12</sup> In der Türkei gilt nach wie vor eine Sperrklausel von 10 %, wobei diese schon einmal vor dem EGMR diskutiert wurde. Obwohl der EGMR das Ausmaß der Hürde als kritisch betrachtete, stellte er in *Yumak und Sadak/Türkei* trotzdem keine Verletzung des Rechts auf freie Wahlen gem Art 3 1. ZP EMRK<sup>13</sup> fest, da die

---

6 Art 3, Beschluss des Rates zur Änderung des DWA.

7 BVerfGE 129, 300 (zur 5 % Klausel) und BVerfGE 135, 259 (zur 3 % Klausel).

8 So etwa Neisser, Das Bundeswahlrecht und direkte Demokratie (1990) 75; für Deutschland vgl Krüper, Verfassungs-unmittelbare Sperrklauseln: Maßstab, Modelle und Folgen einer Beschränkung der Wahlrechtsgleichheit im Grundgesetz, ZRP 2014, 130; BVerfGE 95, 408 (419) mwN.

9 *Bundeswahlleiter*, Bundestagswahl 2013, bundeswahlleiter.de/bundestagswahlen/2013/ergebnisse.html (5.9.2018).

10 BMI, Nationalratswahl 2017, bmi.gv.at/412/Nationalratswahlen/Nationalratswahl\_2017/start.aspx (5.9.2018).

11 Vgl im *thema* dieses Hefts: Wieser, Europäische Demokratie und Parteien, juridikum 2018, 498.

12 *Nohlen*, Wahlrecht und Parteiensystem: Zur Theorie und Empirie der Wahlsysteme<sup>7</sup> (2014) 121.

13 Nach Art 3 1. ZP EMRK verpflichten sich Mitgliedstaaten, in angemessenen Zeitabständen freie und geheime Wahlen unter Bedingungen abzuhalten, welche die freie Meinungsäußerung des Volkes gewährleisten.

Beeinträchtigungen aufgrund der hohen Sperrklausel durch andere Korrektive und Sicherungen des türkischen Systems ausgeglichen seien.<sup>14</sup>

In Ö wurde eine Sperrklausel von 4 % in §§ 100 und 107 NRWO<sup>15</sup> durch die Wahlrechtsreform 1992 eingeführt, da das bestehende Werkzeug zur Vorbeugung von Parteienzersplitterung zu größeren Ungleichheiten in den Wahlkreisen führte. Demnach war das Ausmaß der Hürde aufgrund des Grundmandats in den Bundesländern doch sehr unterschiedlich (2,33 % in Wien, 12 % in Vorarlberg), weshalb eine bundesweite Sperrklausel für einen Ausgleich sorgen sollte.<sup>16</sup> Um die Funktion der Sperrklausel kurz zu erklären, ist es wichtig zu wissen, dass bei der NR-Wahl die Mandatsvergabe in einem dreistufigen Ermittlungsverfahren erfolgt: In der ersten Stufe auf Regionalwahlkreisebene, in der zweiten auf Landeswahlkreisebene und in der dritten auf Bundesebene.<sup>17</sup> Die Sperrklausel hat die Wirkung, dass bei der Mandatsvergabe auf der zweiten und dritten Stufe nur jene Parteien teilnehmen dürfen, welche bundesweit mindestens ein Regionalwahlkreismandat oder 4 % der gültigen Stimmen erreicht haben.

In den Erläuterungen zu § 100 NRWO wurde festgehalten, dass eine 4 %-Sperrklausel eine zulässige Maßnahme gegen eine mögliche „Parteienzersplitterung“ in der Zusammensetzung des NR darstelle und außerdem in ausreichendem Maß eine erfolgreiche Wahlwerbung auch kleinerer Parteien gewährleiste, ohne den angestrebten Zweck zu verfehlen.<sup>18</sup> Dabei wurde außerdem berücksichtigt, dass der VfGH sich zwar bislang noch nicht ausdrücklich mit der Zulässigkeit von Sperrklauseln beschäftigt hat, aber gegen eine 5 %-Klausel in § 65 der Tiroler Landtagswahlordnung 1975 keine Bedenken äußerte.<sup>19</sup>

Auf Europawahlebene existiert gem § 77 Abs 2 EuWO<sup>20</sup> in Ö ebenso eine Sperrklausel in der Höhe von 4 %, welche ohne größere Diskussion beibehalten wurde. Hingegen war die Sperrklausel bei den Europawahlen in Deutschland umstrittener, was weiter unten näher behandelt wird (s Punkt 3.1.2).

### 3. Probleme aufgrund der Sperrklausel

Die kritische Haltung zur Sperrklausel hat zweierlei Hintergründe, einen rechtlichen und einen strategischen. So beeinträchtigt die Sperrklausel aus rechtlicher Perspektive die Gleichheit des Wahlrechts, wobei diese zB in Ö und in Deutschland anders ausgelegt wird. Universell ist hingegen das strategische Phänomen des taktischen Wählens auf-

14 EGMR 8.7.2008 (GK), 10226/03, Yumak and Sadak/Türkei.

15 Bundesgesetz über die Wahl des Nationalrates (Nationalrats-Wahlordnung 1992 – NRWO), BGBl 1992/471 idgF.

16 Fischer, Die Reform der Nationalratswahlordnung 1992, in *Khol/Ofner/Stirnemann* (Hrsg), Österreichisches Jahrbuch für Politik 1992 (1992) 341 (353).

17 Vgl §§ 97f NRWO, BGBl 1992/471.

18 § 100 ErläutRV 180 BlgNR 18. GP 52.

19 VfSlg 8.852.

20 Bundesgesetz über die Wahl der Mitglieder des Europäischen Parlaments (Europawahlordnung – EuWO), BGBl 1996/117 idgF.

grund der Sperrklausel, wo zwei Erklärungsmodelle interessieren: die *wasted vote strategy*, die sich mit „verlorenen“ Stimmen auseinandersetzt, sowie das *pass the threshold voting*, das bei Koalitionsverkündungen für manche WählerInnen attraktiv wird. Diese Punkte werden im Folgenden näher behandelt.

### 3.1. Gleichheit des Wahlrechts

#### 3.1.1. Lage in Österreich

Die Gleichheit des Wahlrechts ist gemeinsam mit anderen Wahlrechtsgrundsätzen in Art 26 Abs 1 B-VG verankert, wonach der NR auf Grund des gleichen, unmittelbaren, persönlichen, freien und geheimen Wahlrechts gewählt wird. Das Prinzip der Gleichheit des Wahlrechts wird gerne als Antwort auf vergangene ungleiche Wahlrechtsausformungen, wie etwa das Kurienwahlrecht, welches bis 1907 in der österr Monarchie Anwendung fand, dargestellt. Um den gleichen Zählwert zu gewährleisten, müssen alle gültigen Stimmen gleich gezählt werden und keinerlei Umstände, wie etwa Alter, Bildung, Steuerleistung, dürfen eine höhere Wertung einzelner Stimmen bewirken.<sup>21</sup>

Unstimmigkeiten gibt es jedoch bei der Frage, ob obiges Prinzip nicht auch einen gleichen Erfolgswert verlangt. Anders als das dt BVerfG hat der österr VfGH das Prinzip des gleichen Wahlrechts auf den gleichen Zählwert reduziert.<sup>22</sup> Würde man unter gleichem Wahlrecht nämlich ebenfalls den gleichen Erfolgswert subsumieren, so ergibt sich mE aufgrund der Sperrklausel das Problem, dass nicht jede Stimme der WählerInnen-schaft den gleichen Einfluss auf das Wahlergebnis hat. Die Problematik ergibt sich daraus, dass zB die Stimme eines Wählers oder einer Wählerin, der oder die eine Partei wählt, welche die Sperrklausel nicht überschreitet, letztendlich gar nicht zählt – sie verfällt. Dadurch entsteht eine Ungleichheit des Wahlrechts, da die abgegebenen Stimmen nicht denselben Erfolgswert haben. Insb lässt sich hier feststellen, dass es durch die Sperrklausel nicht nur zu einem ungleichen Erfolgswert kommt, sondern bei den verfallenen gültig abgegebenen Stimmen sogar zu gar keinem Erfolgswert.

Der VfGH rechtfertigte dies folgendermaßen: „[...] zu verlangen, daß jeder Stimme die gleiche Kraft, der gleiche Nutz oder Erfolgswert zukommen müsse, fällt außerhalb des Grundsatzes der Gleichheit des Wahlrechts, ja außerhalb des Bereiches der Möglichkeit. Kein Wahlsystem und besonders nicht das Verhältniswahlsystem, bei dem Träger des Rechts auf verhältnismäßige Vertretung nicht das Individuum, sondern die politische Partei ist, kann einen solchen Nutz- oder Erfolgswert verbürgen.“<sup>23</sup>

---

21 VfSlg 1.381.

22 S BVerfGE 82, 322 im Unterschied zu VfSlg 1.381 und VfSlg 3.653.

23 VfSlg 1.381; diese restriktive Jud wurde später beibehalten, zB in VfSlg 3.653.

Diese Einschränkung des gleichen Wahlrechts auf den Zählwert ist auf Kritik gestoßen.<sup>24</sup> So wurde etwa vertreten, dass man eine Verpflichtung des einfachen Gesetzgebers annehmen könnte, nach welcher dieser durch eine entsprechende Ausgestaltung der Wahlordnung ein Verhältniswahlrecht zu schaffen hätte, aus dem ein gleicher Erfolgswert folge.<sup>25</sup> Und zwar sollte dies dann gelten, solange keine Einschränkungen des Erfolgswertes ausdrücklich in der Bundesverfassung vorgesehen sind; wie etwa die Einteilung in Wahlkreise oder das BürgerInnenzahlprinzip. So seien ua sogenannte „Prozentklauseln“ besonders bedenklich, die auf die Ausschaltung von Splittergruppen gerichtet sind.<sup>26</sup>

Letztlich äußerte der VfGH in VfSlg 8.852 und 14.035 keine Bedenken gegen die Sperrklausel und hat ferner in jüngeren E stets an seiner Einstellung festgehalten.<sup>27</sup>

### 3.1.2. Lage in Deutschland

Wie oben bereits erwähnt versteht man in Deutschland unter gleichem Wahlrecht auch einen gleichen Erfolgswert. Für die Wahlen zum Deutschen Bundestag gilt gem § 6 Abs 3 dt Bundeswahlgesetz (BWahlG) eine Sperrklausel iHv 5 %. Diese Hürde wird nach der stRsp des BVerfG prinzipiell für verfassungsgemäß befunden.<sup>28</sup> Obwohl dadurch der Grundsatz der Gleichheit der Wahl gem Art 38 Abs 1 Satz 1 dt Grundgesetz (GG) sowie die Chancengleichheit der Parteien gem Art 21 Abs 1 GG beeinträchtigt werden, ist eine Rechtfertigung nämlich durch einen „zwingenden Grund“ möglich.<sup>29</sup> Solch ein zwingender Grund liegt dabei nicht nur vor, wenn Differenzierungen durch die Verfassung notwendig vorgesehen sind, sondern auch dann, wenn diese Differenzierungen „durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sind, das der Wahlgleichheit die Waage halten kann“<sup>30</sup>. In der Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung wird dabei ein die Beeinträchtigung rechtfertigender zwingender Grund gesehen. Hervorzuheben ist, dass nach dem BVerfG die Vereinbarkeit der Sperrklausel mit den beiden Grundsätzen „nicht ein für allemal abstrakt beurteilt werden kann“. Vielmehr könne eine Wahlrechtsbestimmung „in dem einen Staat zu einem bestimmten Zeitpunkt gerechtfertigt sein und in einem anderen Staat oder zu einem an-

24 ZB Neisser, Bundeswahlrecht; Nowak, Politische Grundrechte (1988) 401; Schick in Neisser/Handstanger/Schick, Das Bundeswahlrecht (1994) 77.

25 Schick in Neisser/Handstanger/Schick 75.

26 Schick in Neisser/Handstanger/Schick 75; vgl idS Nohlen, Begriffliche Einführung in Sternberger/Vogel, Die Wahl der Parlamente, Bd I Europa (1969) 34.

27 VfSlg 15.616 und 18.036.

28 BVerfG seit BVerfGE 1, 208 (247 ff); vgl Kramer/Bahr, Die verschiedenen Sperrklauseln im Wahlrecht auf dem Prüfstand, ZJS 02/2012, 184; s insb BVerfGE 82, 322.

29 S zB BVerfGE 1, 208 (248 f und 255); 47, 253 (277); 120, 82 (105 f); vgl Mehde in Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, GG Art 28 Abs 1 (82. EL Januar 2018) Rn 104.

30 BVerfGE 120, 82 (106f); vgl dazu Morlok, Chancengleichheit ernstgenommen – Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Fünf-Prozent-Klausel bei der Europawahl, JZ 2012, 76 (78).

deren Zeitpunkt nicht“. Daher sind beim Erlass der Sperrklausel die „Verhältnisse des Landes, für das sie gelten solle, zu berücksichtigen“<sup>31</sup>.

Diese Feststellung des Gerichts war für die jüngeren E zur Zulässigkeit der Sperrklausel auf Europawahlebene von Bedeutung. Hier hält die Klausel der strengen Prüfung des BVerfG nämlich nicht stand. So führte der Deutsche Bundestag im dt Europawahlgesetz (Fassung 1994) eine Sperrklausel von 5 % ein.<sup>32</sup> Das BVerfG erklärte diese Regelung im Jahr 2011 allerdings für nichtig. In diesem Urteil wiederholt das BVerfG seinen obigen Prüfungsmaßstab und hält fest, dass Beeinträchtigungen der Wahlrechtsgleichheit oder Chancengleichheit der Parteien geeignet und erforderlich sein müssen, um die Funktionsfähigkeit des EP zu gewährleisten.<sup>33</sup> Als Gegenstand der Kontrolle werden dabei die aktuellen Verhältnisse, also die politische Wirklichkeit, herangezogen.<sup>34</sup> Nach einer umfassenden Analyse der Tätigkeiten und Gegebenheiten des EP kommt das BVerfG zum Schluss, dass die Funktionsfähigkeit des EP ohne die 5 %-Sperrklausel nicht wesentlich beeinträchtigt wird. Insb die Fraktionsbildung im EP beuge der Zersplitterung vor, da diese trotz der Vielfalt an vertretenen Parteien die jeweiligen Positionen bündeln und die Tätigkeiten im Parlament wirksam organisieren. Ferner ist die Europäische Kommission im Gegensatz zur dt BReg nicht auf eine stabile Mehrheit im EP angewiesen und Mehrheiten im Parlament sind für die Gesetzgebung und Haushaltserstellung nicht zwingend erforderlich.<sup>35</sup>

Schließlich beschloss der Deutsche Bundestag 2013 eine Sperrklausel von 3 %, <sup>36</sup> die aber wiederum 2014 vom BVerfG für nichtig erklärt wurde. Für eine abweichende Beurteilung wäre etwa entscheidend gewesen, dass eine wesentliche Änderung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse seit dem Urteil aus 2011 stattgefunden oder das BVerfG seinen Prüfungsmaßstab geändert hätte.<sup>37</sup> Was eine Änderung der Verhältnisse anbelangt, wurde vom Bundestag dargelegt, dass das EP in einer Entschließung vom 22.11.2012<sup>38</sup> die MS dazu aufforderte, gem Art 3 Direktwahlakt geeignete und angemessene Mindestschwelle festzulegen. Dabei handle es sich jedoch nach dem BVerfG nur um einen „unverbindlichen Appell“, „eine unionsrechtliche Sperrklausel auf der Grundlage des Art 223 Abs 1 AEUV besteht weiterhin nicht“.<sup>39</sup> Auch hielt das BVerfG an seinem Prüfungsmaßstab fest.<sup>40</sup> Weiters betonte es, dass eine 3 %-Sperrklausel nur der Umstand

---

31 BVerfGE 82, 322 (338); s auch 1, 208 (259); 51, 222 (236 f).

32 § 2 Abs 6 dt Europawahlgesetz (Fassung 1994).

33 BVerfGE 129, 300 (321).

34 BVerfGE 129, 300 (322); vgl BVerfGE 120, 82 (108).

35 BVerfGE 129, 300 (327f und 338f); vgl *Roßner*, Verfassungswidrigkeit der Fünf-Prozent-Sperrklausel im Europawahlrecht, NVwZ 2012, 22 (24).

36 § 2 Abs 7 Europawahlgesetz (Fassung 2013).

37 BVerfGE 135, 259 (291); vgl *Will*, Nichtigkeit der Drei-Prozent-Sperrklausel bei Europawahlen, NJW 2014, 1421f.

38 Entschließung des EP v 22.11.2012 zu den Wahlen zum Europäischen Parlament im Jahr 2014, 2012/2829 (RSP), Punkt Nr 4.

39 BVerfGE 135, 259 (292).

40 BVerfGE 135, 259 (283ff).

rechtfertigen könnte, dass eine „mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwartende Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Vertretungsorgane aufgrund bestehender oder bereits gegenwärtig verlässlich zu prognostizierender künftiger Umstände“ vorliegt.<sup>41</sup> Schließlich wiederholte das BVerfG seine Rechtfertigung wie im Urteil aus 2011 und stellte außerdem klar, dass „mit einer unabhängig von konkret absehbaren Funktionsstörungen rein vorsorglich statuierten Sperrklausel der schwerwiegende Eingriff in die Wahlrechtsgleichheit in unverhältnismäßiger Weise vorverlagert“ würde.<sup>42</sup> Essentiell für die Urteilsfindung scheint ebenso zu sein, dass der dt Gesetzgeber einer sich in Zukunft tatsächlich ergebenden Funktionsstörung im EP durch eine zunehmende Vielfalt an Kleinstparteien immer noch durch eine Sperrklausel Rechnung tragen kann.<sup>43</sup> Es seien nämlich im Unterschied zu einer Funktionsstörung im Bundestag bei einer Funktionsstörung im EP immer noch Korrekturen des nationalen Gesetzgebers möglich. Schließlich wird sich zeigen, ob die unionsrechtliche Verpflichtung zur Schaffung einer Sperrklausel bei den Europawahlen in Deutschland Bestand haben wird. Bedenken gibt es zumindest auf Regierungsebene keine, da die Klausel nun einen europapolitischen Unterbau habe und kein nationaler Alleingang mehr sei.<sup>44</sup> Klagen werden wohl trotzdem nicht auf sich warten lassen und werden schon geprüft.<sup>45</sup> Wie das BVerfG auf dieser Basis zu einer Sperrklausel bei den Europawahlen in Deutschland steht, bleibt mit Spannung abzuwarten.

### 3.2. Taktisches Wählen

Das zweite Problem, das eine Sperrklausel aufwirft, ist das taktische Wählen. Grundsätzlich wird der Wahlprozess als rationaler Prozess gesehen, bei dem jeder/jede WählerIn die Partei wählt, von welcher er oder sie denkt, dass sie ihm oder ihr am meisten Vorteile bringen wird.<sup>46</sup> Würde einE LandwirtIn, der/die gegen den Bau einer neuen Autobahn nahe seines/ihrer Hofes ist, etwa die Möglichkeit haben, sich zwischen zwei Parteien zu entscheiden, von denen sich eine für und die andere gegen die Autobahn einsetzt, so würde er/sie wahrscheinlich die zweitgenannte wählen.<sup>47</sup> Problematisch wird es aber dann, wenn einem/einer WählerIn aufgrund seiner/ihrer Präferenzen mehrere Parteien zur Auswahl stehen, und die nicht unrealistische Wahrscheinlichkeit besteht, dass die als erstpräferierte Partei den Sprung über die Sperrklausel aufgrund fehlender Stimmen nicht schafft. Der/Die WählerIn wird nämlich die Partei wählen, welche ihm/ihr, wie in der

41 BVerfGE 135, 259 (290); vgl BVerfGE 120, 82 (114); 129, 300 (323).

42 BVerfGE 135, 259 (291).

43 Vgl *Will*, NJW 2014, 1423f; BVerfGE 135, 259 (291 und 298).

44 *Lange*, Bundestag will bald Sperrklausel für Europawahl beschließen, finanzen.at/nachrichten/aktien/bundestag-will-bald-sperrklausel-fuer-europawahl-beschliessen-1027493951 (5.9.2018).

45 S zB *Remm*, Europa zementiert Chancenungleichheit der Parteien, mehr-demokratie.de/presse/einzelansicht-pms/news/europa-zementiert-chancenungleichheit-der-parteien/ (5.9.2018).

46 *Downs*, An economic theory of democracy (1957) 36.

47 *Downs*, An economic theory of democracy 36.

Politikwissenschaft *Downs* vertritt, die meisten Vorteile bringt. Das taktische Wählen beschreibt außerdem, dass WählerInnen ihre Stimme so vergeben, dass ihr Einfluss bei der Regierungsformation maximiert wird.<sup>48</sup> Dies führt dazu, dass Teile der WählerInnenenschaft – je nachdem, wie die Wahlsituation ihnen gegenüber gerade wahrgenommen wird – nicht unbedingt für ihre erste Präferenz die Stimme abgeben. Wenn nun die Möglichkeit besteht, dass die erstpräferierte Partei nicht genug Stimmen bekommt, so werden WählerInnen die präferierte Partei eher nicht wählen und vielmehr einer anderen, etwa der zweitpräferierten Partei, die Stimme geben. Daran ist zu erkennen, dass äußere Umstände einen wesentlichen Einfluss auf die Entscheidungen der WählerInnenenschaft nehmen – die WählerInnen geben nicht einfach ihre Stimme ab, sie gehen nach einer Taktik vor, um ihre Stimme bestmöglich zu nutzen. Wahlumfragen, Kampagnen und Koalitionsankündigungen haben daher wesentliche Einflüsse auf das kurzzeitliche Wahlverhalten, wenn WählerInnen ihre Stimme aufgrund des wahrscheinlichen Ergebnisses der Wahl ändern.<sup>49</sup> Insgesamt muss in Bezug auf das taktische Wählen festgehalten werden, dass eine Wahlentscheidung grds von verschiedenen Faktoren und Motiven abhängig ist, wobei hier nur ein kleiner Ausschnitt behandelt werden kann.<sup>50</sup> In Bezug auf das taktische Wählen in Verhältniswahlsystemen interessieren bzgl der Sperrklausel nun insb zwei Ausformungen: die *wasted vote strategy* sowie das *pass the threshold voting*.

### 3.2.1. Wasted vote strategy

Die *wasted vote strategy* kommt als Erklärungsmodell vor allem dann zum Tragen, wenn WählerInnen befürchten, dass eine kleine, von ihnen präferierte Partei aufgrund der Sperrklausel nicht in der nächsten Legislative repräsentiert sein wird. Es wird angenommen, dass diese WählerInnen dazu tendieren, einer Partei ihre Stimme zu geben, welche den Einzug ins Parlament (wahrscheinlicher) schafft und von ihnen als Nächste präferiert wird.<sup>51</sup>

In Ö wurde diese Theorie anhand einer Vorumfrage zur österr NR-Wahl 2006 getestet. Hierbei wurde festgestellt, dass grundsätzliche BZÖ-UnterstützerInnen eher dazu bereit waren, eine andere Partei zu wählen, wenn sie nicht erwarteten, dass ihre Partei aufgrund der Sperrklausel im Parlament repräsentiert sein wird. Daraus wird geschlossen, dass UnterstützerInnen von kleinen Parteien, welche den Einzug der betroffenen Partei ins Parlament aufgrund der Sperrklausel für sehr unwahrscheinlich halten, eher vermeiden wollen, dass ihre Stimme „verloren“ geht und daher eine alternative Partei wählen, wel-

---

48 *Shikano/Herrmann/Thurner*, Strategic Voting under Proportional Representation: Threshold Insurance in German Elections, *West European Politics* 32/3, 634.

49 *Shikano/Herrmann/Thurner*, *West European Politics* 32/3, 634.

50 Vgl auch *Downs*, *An economic theory of democracy*.

51 *Meffert/Gschwend*, Strategic coalition voting: Evidence from Austria, *Electoral Studies* 29, 339 (341).

che die Regierungsformation zu ihren Gunsten beeinflussen könnte – mit anderen Worten, die nächstpräferierte Partei.<sup>52</sup>

### 3.2.2. Pass the threshold voting

*Pass the threshold voting* ergibt sich aus der Tatsache, dass Verhältniswahlssysteme mit Sperrklausel starke Anreize für GroßparteiuunterstützerInnen sein können, eine Stimme einer kleinen Partei zu geben, welche als präferierte Koalitionspartnerin der jeweiligen Großpartei angesehen wird.<sup>53</sup> So wurde bei der Analyse der dt Bundestagswahlen 1994 festgestellt, dass die UnterstützerInnen von Großparteien oft für die präferierte Junior-koalitionspartnerin wählten, um die Chance zu vergrößern, dass eine Mehrheitskoalition von ihrer präferierten Partei geleitet wird. So gab die CDU damals im Wahlkampf bekannt, mit der FDP koalieren zu wollen. Die Unsicherheit, ob nun die FDP den Einzug ins Parlament schaffe, hat CDU-StammwählerInnen eher dazu verleitet, für die FDP zu stimmen als jene, welche sicher waren, dass die FDP den Einzug ins Parlament schaffen würde.<sup>54</sup>

Die beiden erwähnten Modelle stehen sich dabei grds gegenüber: Einerseits erfahren kleine Parteien durch die *wasted vote strategy* einen Nachteil, da sie die WählerInnen-schaft uU nicht wählen möchte, damit die Stimme nicht verloren geht. Andererseits erlangen kleine Parteien durch das *pass the threshold voting* einen Vorteil, da die Stimme nicht an die erstpräferierte Großpartei, sondern an den Junior-koalitionspartner geht. So könnte man meinen, dass sich die Vor- und Nachteile hier gegeneinander aufwiegen. Letztlich lässt sich jedoch anmuten, dass die Probleme aufgrund der *wasted vote strategy* schwerer wiegen, also mehr Stimmen umfassen. Koalitionsankündigungen, wie sie beim *pass the threshold voting* notwendig wären, stellen nun doch eher einen seltenen Fall dar, da sich Parteien generell eine starke Verhandlungsposition für künftige Koalitions-gespräche beibehalten wollen. Summa summarum erweist sich die Sperrklausel daher für die kleineren Parteien als unvorteilhafter.

## 4. Lösung durch Einführung alternativer Wahlmechanismen?

Abschließend soll der Frage nachgegangen werden, wie man den geschilderten Problemen aufgrund der Sperrklausel vorbeugen könnte. Einer Abschaffung der Sperrklausel, würde zunächst die angeführte Gefahr einer Zersplitterung der jeweiligen Parlamente entgegenstehen. So würde man ein Wahlsystem benötigen, bei dem die Sperrklausel weiterhin bestehen kann, die Gleichheit des Wahlrechts (Erfolgswert) aber wiederhergestellt

52 Meffert/Gschwend, *Electoral Studies* 29, 345 und 348.

53 Fredén, *Tactical Voting: A study of voters' tactical considerations in the 2010 Swedish general election*, University of Gothenburg 20; Meffert/Gschwend, *Electoral Studies* 29, 348.

54 Shikano/Herrmann/Thurner, *West European Politics* 32/3, 650 und 655.

wird und das taktische Wählen, insbesondere die *wasted vote strategy*, eliminiert wird. Dies wird durch Einführung des Rangfolgewahlsystems möglich (auch bekannt als „instant-runoff-voting“ oder „alternative vote“). Es lohnt dabei ein Blick in die Wahlsysteme anderer Staaten.

Das Rangfolgewahlssystem ist grundsätzlich ein Wahlsystem, das bei Wahlen verwendet wird, bei denen nur ein Kandidat gewinnen kann. So wird es zB vereinzelt in den USA anstatt des traditionellen Stichwahlsystems (auch „primary runoff election system“) verwendet. *Burnett* und *Kogan*<sup>55</sup> erklären den Prozess wie folgt: Nach dem Rangfolgewahlssystem reihen die WählerInnen die KandidatInnen nach ihren Präferenzen auf dem Stimmzettel. Wenn nun niemand eine Mehrheit nach der ersten Auszählung erreicht, wird der/die KandidatIn mit den wenigsten Erststimmen eliminiert. Die Stimmen, die den/die eliminierte/n Kandidaten/in unterstützen, werden dann gemäß den Präferenzen der WählerInnen auf den Stimmzetteln neu verteilt. Dieser Prozess wiederholt sich, bis ein Kandidat die Mehrheit der Stimmen erreicht. Während einige Länder dieses Wahlsystem für die PräsidentInnenwahl nutzen (Indien, Sri Lanka), kommt das Rangfolgewahlssystem überdies bei Parlamentswahlen, wie etwa in Australien, Irland oder Malta zum Einsatz.<sup>56</sup>

Ähnliche Vorschläge zur Einführung eines alternativen Wahlsystems hat es in der Vergangenheit auch schon in Deutschland gegeben, wobei hier die Einführung einer sog. einzigen Nebenstimme gefordert wurde.<sup>57</sup> Mit der Einführung eines Rangfolgewahlsystems hätten die WählerInnen nun die Möglichkeit, nicht nur eine Partei zu wählen, sondern ihre Stimmen auf dem Stimmzettel zu reihen. Wenn die erstpräferierte Partei die Sperrklausel nicht überwindet, würde die Stimme der zweitpräferierten Partei zugutekommen. Dieser Vorgang würde sich wiederholen, bis die Stimme an eine Partei geht, die die Sperrklausel überwindet. Wenn die WählerInnen von diesem Recht Gebrauch machen würden, würde in Zukunft keine Stimme mehr aufgrund der Sperrklausel „verloren“ gehen – die Gleichheit des Wahlrechts würde damit wiederhergestellt werden (gleicher Erfolgswert). Auch das den WählerInnenwillen verfälschende Problem des taktischen Wählens aufgrund der Sperrklausel nach der *wasted vote strategy* würde durch die Einführung des Rangfolgesystems hinfällig werden.<sup>58</sup>

Die Einführung einer Eventualstimme wurde in Deutschland sogar schon vor dem BVerfG eingefordert. Diese sah das BVerfG<sup>59</sup> hingegen als verfassungsrechtlich nicht ge-

55 *Burnett und Kogan*, Ballot (and voter) “exhaustion” under Instant Runoff Voting: An examination of four ranked-choice elections, *Electoral Studies* 37, 41.

56 *Fairvote*, Ranked Choice Voting / Instant Runoff, [fairvote.org/rcv#where\\_is\\_ranked\\_choice\\_voting\\_used](http://fairvote.org/rcv#where_is_ranked_choice_voting_used) (5.9.2018).

57 *Speckmann*, 5%-Klausel und subsidiäre Wahl, *ZPR* 3, 198; *Jesse*, Wahlrecht zwischen Kontinuität und Reform – Eine Analyse der Wahlsystemdiskussion und der Wahlrechtsänderungen in der Bundesrepublik Deutschland 1949–1983 (1985).

58 Das Problem des *pass the threshold voting* könnte man dagegen nur beseitigen, wenn man die Sperrklausel gänzlich abschafft. Dies wird jedoch demokratiepolitisch als nicht notwendig empfunden.

59 BVerfG, Beschl v 19.9.2017, 2 BvC 46/14, Rn 82.

boten an: Insb wird die mit der Einführung verbundene zunehmende Komplexität und Fehleranfälligkeit des Wahlvorgangs bemängelt. Ferner würde es dabei zu neuen Beeinträchtigungen der Gleichheit der Wahl sowie der Unmittelbarkeit der Wahl kommen. Deshalb könne man nicht zweifellos annehmen, dass das Eventualstimmrecht als „gleich geeignetes, milderer Mittel“ zur Erreichung des Ziels der Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Parlaments“ gelte. Schließlich verweist das BVerfG auf den dt Gesetzgeber, dessen Sache es sei, eine Vor- und Nachteilsabwägung vorzunehmen und der auf dieser Grundlage zu entscheiden habe, ob die Einführung eines Eventualstimmrechts ein notwendiger Schritt wäre.

## 5. Schlussbemerkungen

Die Vornahme von weitreichenden Änderungen in Wahlsystemen, die insb kleineren Parteien zugutekommen würden, grenzen nüchtern betrachtet aufgrund der politischen Kräfteverteilung in den jeweiligen gesetzgebenden Körperschaften, an Utopie. Nichtsdestotrotz geben die obigen Ausführungen einen Denkanstoß für einen Systemwechsel. Die geltenden Wahlsysteme sollten nicht als in Stein gemeißelt angesehen werden – insb dort, wo noch Verbesserungsmöglichkeiten geboten sind. Die Sperrklausel beugt zwar der Zersplitterung im Parlament vor, birgt jedoch die aufgezeigten Probleme in sich, die mithilfe alternativer Wahlmechanismen beseitigt werden könnten. Die Forderung eines Rangfolgewahlsystems oder Eventualstimmrechts ist ein erster Schritt, um dem Verlust von WählerInnenstimmen entgegenzuwirken. Denn in einer Demokratie sollte jede gültig abgegebene Stimme am Ende auch zählen.

Mag.<sup>a</sup> Teresa Radatz, BA studierte Jus und Politikwissenschaft und arbeitet als Universitätsassistentin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien; [teresa.radatz@univie.ac.at](mailto:teresa.radatz@univie.ac.at)

# Wohin steuert Europa?

Ausgewählte Aspekte der Debatte über die Zukunft der Europäischen Union

David Eisendle

---

## 1. Einleitung

Prognosen sind schwierig, besonders wenn sie die Zukunft betreffen. Die Weisheit, die dieses geflügelte Wort<sup>1</sup> vermittelt, trifft ohne Weiteres auch auf das Verhältnis zwischen dem Vereinigten Königreich (VK) und der EU zu. Läuft freilich alles nach Plan, so ist absehbar, dass Letztere ab 30. März 2019 infolge der Vollziehung des *Brexits* eine Union von nur noch 27 Mitgliedstaaten (MS) sein wird. Damit wird dieses Datum unweigerlich eine historische Zäsur in der Geschichte der Europäischen Integration markieren, kommt es doch nach einer unablässigen Serie von Erweiterungen zum ersten Mal dazu, dass ein MS der (nunmehrigen) EU den Rücken kehrt. Im vielbeschworenen Prozess der Schaffung einer immer engeren Union<sup>2</sup> wird folglich ein mit diesem radikal brechender Schritt der Desintegration gesetzt. Es ist im Lichte dessen wenig verwunderlich, dass spätestens das Ergebnis des britischen Austrittsreferendums vom 23. Juni 2016 zu einer deutlichen Intensivierung der Debatte über Zustand und Zukunft der ohnehin bereits mit mannigfaltigen Herausforderungen konfrontierten EU führte.<sup>3</sup>

Der vorliegende Beitrag skizziert zunächst den Stand der Debatte anhand der von maßgeblichen Akteur\_innen vertretenen Positionen (2). Daran anknüpfend sollen unter den Schlagwörtern Differenzierung, Fokussierung bzw. Demokratisierung drei Aspekte insb unter rechtlichen Gesichtspunkten näher beleuchtet werden (3). Der Beitrag schließt mit einem Resümee (4).

## 2. „Was bisher geschah“ – Zum Stand der Debatte über die Zukunft der EU

### 2.1. Vom Brexit-Votum zum Weißbuch der Kommission

Die Führungsspitzen der sog „EU 27“ – dh der EU-MS mit Ausnahme des VK – waren unmittelbar im Anschluss an das Brexit-Votum bemüht, ein Signal der Einigkeit zu ver-

---

1 Wahlweise etwa *Karl Valentin*, *Mark Twain* oder *Niels Bohr* zugeschrieben.

2 Vgl die Präambel des EU-Vertrags.

3 Sowohl im politischen wie auch im wissenschaftlichen Diskurs ist – inspiriert von einer Wortschöpfung des französischen Philosophen und Soziologen *Edgar Morin* – gern die Rede von einer mehrschichtigen „Polykrise“, welche die Union erfasst hat.

mitteln. So bekundeten sie gemeinsam mit den Präsidenten des Europäischen Rates (EU-Rat) und der Europäischen Kommission (EK) anlässlich einer informellen Tagung in Brüssel am 29. Juni 2016 einerseits ihre Entschlossenheit, „vereint zu bleiben“ und zusammenzuarbeiten, andererseits aber auch, „mit einer politischen Reflexion zu beginnen, um Impulse für weitere Reformen“ der EU zu geben.<sup>4</sup> Dies mündete wenig später am 16. September 2016 in die *Erklärung von Bratislava* und in die Verabschiedung eines Arbeitsprogramms für die kommenden Monate (*Bratislava-Fahrplan*). Es zielte darauf ab, in den als prioritär empfundenen Bereichen Migration und Außengrenzen, innere und äußere Sicherheit sowie wirtschaftliche und soziale Entwicklung rasch spürbare Maßnahmen zu setzen. Ausdrücklich wurde Bratislava dabei als Beginn eines Prozesses bezeichnet, der schließlich im März 2017 im Rahmen der Feierlichkeiten zum 60. Jahrestag der Römischen Verträge mit der Festlegung von Orientierungen für die Zukunft zum Abschluss gebracht werden sollte.<sup>5</sup>

In dieser treffend als „hektische[s] Hausieren mit Reformideen“ beschriebenen Phase<sup>6</sup> war es schließlich die EK, die am 1. März 2017 im Wege der Veröffentlichung eines Weißbuchs<sup>7</sup> einen auch medial breit rezipierten Impuls für eine tiefgehende Debatte über die Zukunft der EU zu liefern versuchte. Die EK erläutert darin in einer Art Standortanalyse zunächst die größten Herausforderungen, mit denen der Kontinent in den nächsten Jahren und Jahrzehnten konfrontiert sein wird. Daran anknüpfend beschreibt sie anhand von fünf Szenarien, wie die Union des Jahres 2025 aussehen könnte.

Das als *Weiter wie bisher* betitelte Szenario 1 ist die Fortsetzung des Status quo. Die Union arbeitet im Sinne eines langsamen Voranschreitens die bestehende Agenda ab und aktualisiert diese regelmäßig in Reaktion auf neu auftretende Probleme. Szenario 2, *Schwerpunkt Binnenmarkt*, beschreibt die Ausrichtung der Union auf eine Wirtschaftsgemeinschaft iSe rein ökonomischen Projekts. Zentrale Aspekte des Binnenmarkts sollen vertieft werden, während die EU ihre Arbeit in den meisten anderen Politikfeldern nicht weiter vorantreibt. Der Fokus liegt auf dem Abbau von EU-Regulierung; Bereiche wie Verbraucher-, Sozial- oder Umweltpolitik aber auch Sicherheit und Migration liegen in den Händen der MS. Nach Szenario 3 macht die Union weiter wie bisher, doch vereinbaren einige MS unter dem Motto *Wer mehr will, tut mehr* eine engere Zusammenarbeit. Beispielhaft bezieht sich die EK dabei auf Bereiche wie Verteidigung, Innere Sicherheit, Steuern oder Soziales. In Szenario 4, *Weniger, aber effizienter*, liegt der Fokus der EU auf ausgewählten Politikbereichen, in denen sie mit mehr Kompetenzen und Durchsetzungsinstrumenten ausgestattet wird. Angeführt werden etwa die Felder Handel, Innovation, Verteidigung oder Sicherheit. Im Gegenzug zieht sie sich aus anderen Bereichen, die für

4 Informelle Tagung der 27 – Erklärung, [consilium.europa.eu/media/20444/sn00060de16.pdf](https://consilium.europa.eu/media/20444/sn00060de16.pdf) (16.9.2018).

5 S Erklärung von Bratislava, [consilium.europa.eu/media/21232/160916-bratislava-declaration-and-roadmap-de.pdf](https://consilium.europa.eu/media/21232/160916-bratislava-declaration-and-roadmap-de.pdf) (16.9.2018).

6 *Nuspliger*, Eine Auswahlsendung für ein flexibleres Europa, *Neue Zürcher Zeitung* v 1.3.2017.

7 *EK*, Weißbuch zur Zukunft Europas: Die EU der 27 im Jahr 2025 – Überlegungen und Szenarien (COM[2017]2025).

das Funktionieren des Binnenmarktes nicht unmittelbar relevant sind, mehr und mehr zurück. Schließlich beschreibt Szenario 5 unter dem Motto *Viel mehr gemeinsames Handeln* eine Art Maximallösung. Die Zusammenarbeit wird in allen Politikbereichen intensiviert und die EU mit mehr Kompetenzen ausgestattet.

Das Weißbuch hat den Charakter eines rein politisch-strategisch gehaltenen Papiers. Es liefert einen Denkanstoß, ohne Richtungsvorgaben zu machen. Ausdrücklich ist von einem bewussten Aussparen rechtlicher oder institutioneller Prozesse die Rede, da die Form der Funktion folgen werde. Wer sich von Kommissionspräsident *Jean-Claude Juncker* – immerhin 2014 mit dem Anspruch angetreten, eine „politische EK“ leiten zu wollen – einen ambitionierten Plan zur Weiterentwicklung der Union erhofft haben mag, musste folglich unweigerlich enttäuscht sein. Dementsprechend ließen Reaktionen auf das Weißbuch, die einen Mangel an Entschlossenheit und Mut zum Ausdruck brachten, nicht lange auf sich warten.<sup>8</sup> Die EK nahm dies freilich in Kauf und sah insb die MS am Zug.

## 2.2. Die Positionierung maßgeblicher Akteur\_innen

Der vom Weißbuch vermittelte Eindruck einer EK, die sich in der Rolle einer moderierenden Impulsgeberin der Zukunftsdebatte sieht, steht in deutlichem Kontrast zum Europäischen Parlament (EP), das bereits im Februar 2017 im Wege der Verabschiedung dreier Entschlüsse zu möglichen Entwicklungen und Anpassungen der derzeitigen institutionellen Struktur der Union<sup>9</sup>, zur Verbesserung der Arbeitsweise der Union durch Ausschöpfung der Potentiale des Vertrags von Lissabon<sup>10</sup> sowie zur Weiterentwicklung des Euro-Raums<sup>11</sup> Stellung bezog. Speziell mit ersterem Dokument – nach dem Berichtserstatter auch als *Verhofstadt-Bericht* bezeichnet – sendet das EP ein ehrgeiziges Signal für einen qualitativen Sprung nach vorne, zeichnet es sich doch durch umfangreiche Überlegungen für ein zukünftiges institutionelles Gefüge der EU aus. Insoweit begreift das EP den Austritt des VK als Chance, „die Komplexität der Union abzubauen und deutlich zu machen, was eine Mitgliedschaft in der Union eigentlich bedeutet“<sup>12</sup>. Ausdrücklich wendet es sich gegen ein *Europe à la carte*; Nichtbeteiligungsklauseln und Ausnahmeregelungen sollen weitestgehend abgeschafft werden. Die EK soll zur Regierung der Union umgebaut und die Zahl ihrer Mitglieder deutlich reduziert werden. Demgegenüber wird vorgeschlagen, den EU-Rat und die weiteren Formationen des Rates in einen *Rat der Staaten* umzuwandeln. Beiden Kammern der EU-Gesetzgebung, Rat und EP, soll ferner das Recht gewährt werden, Gesetzesinitiativen einzubringen.

---

8 Dazu näher *Schmuck*, Das Weißbuch der Kommission zur Zukunft Europas – integrationspolitische Einordnung und Reaktionen, *integration* 2017, 276 (285ff).

9 Entschließung des EP vom 16. Februar 2017, P8\_TA(2017)0048.

10 Entschließung des EP vom 16. Februar 2017, P8\_TA(2017)0049.

11 Entschließung des EP vom 16. Februar 2017, P8\_TA(2017)0050.

12 Erwägungsgrund AD der Entschließung P8\_TA(2017)0048.

Dem Voranpreschen des Parlaments steht die Zurückhaltung der im Rat versammelten MS gegenüber. Hätten sich nämlich gerade die Feierlichkeiten zum 60. Jahrestag der Römischen Verträge Ende März 2017 in besonderer Weise für ein Aufbruchssignal geeignet, war die bei diesem Anlass vereinbarte *Erklärung von Rom* der EU 27 ein erst nach zähem Ringen zustande gebrachtes Kompromissdokument.<sup>13</sup> Neben der Betonung von Einheit und Solidarität enthält es ein Bekenntnis, in zehn Jahren eine „sichere und geschützte, wohlhabende, wettbewerbsfähige, nachhaltige und sozial verantwortungsvolle“ Union sein zu wollen. Über diesen wohlklingenden Allgemeinplatz hinaus findet sich auch ein beachtlicher Hinweis darauf, *wie* diese Union erreicht werden soll. So heißt es, man werde gemeinsam – „wenn nötig mit unterschiedlicher Gangart und Intensität“ – handeln. Damit ist angesprochen, was gemeinhin als ein *Europa der verschiedenen Geschwindigkeiten* bezeichnet wird. Offen für die Möglichkeit einer voranschreitenden, enger kooperierenden *Avant-Garde* von MS sprachen sich insb der französische Staatspräsident *Emmanuel Macron* und die dt Kanzlerin *Angela Merkel* aus. Ersterer legte im Rahmen einer Grundsatzrede an der Pariser Sorbonne-Universität am 26. September 2017 unter dem Leitmotiv der *Neugründung eines souveränen, geeinten und demokratischen Europas* umfangreiche Vorschläge für Politik und Struktur der EU vor, die vor allem auf eine maßgebliche Vertiefung der Zusammenarbeit auf den Gebieten der Sicherheits- und Verteidigungspolitik sowie der Wirtschafts- und Währungspolitik abzielen.<sup>14</sup> Gegenüber dem Ehrgeiz *Macrons* vertritt *Merkel* eine markant zurückhaltendere Position, auch wenn im Hinblick auf die Prioritäten weitgehende Einigkeit herrscht. Bei einem Treffen im dt Meseberg im Juni 2018 einigten sich beide auf eine gemeinsame Position, die ua vorsieht, auf Mehrheitsentscheidungen iRd GASP zu dringen, eine Änderung des ESM-Vertrags und dessen Einbindung in EU-Recht anzustreben, einen Haushalt für die Eurozone einzurichten, die Zahl der Mitglieder der EK zu reduzieren sowie länderübergreifende Listen für die Europawahl 2024 zu ermöglichen.<sup>15</sup>

Kommissionspräsident *Juncker* nutzte seinerseits am 13. September 2017 seine Rede zur Lage der Union vor dem EP um – als sein persönliches „sechstes Szenario“ – unter dem Motto eines „enger vereinten, stärkeren und demokratischeren Europas“ seine Vision für die EU des Jahres 2025 vorzulegen. Institutionellen Reformen erteilt er dabei eine Absage. Seine Vorstellung von einer enger vereinten Union konkretisiert er als Vervollständigung des Schengen- und Euro-Raums sowie der Bankenunion. Unter einer stärkeren Union versteht er die Stärkung des Binnenmarkts durch Vereinfachung der Entscheidungsfindungsprozesse im Rat sowie die Reform der Wirtschafts- und Währungsunion, wobei er sich gegen Parallelstrukturen wie einen separaten Euro-Haushalt oder ein se-

13 Erklärung von Rom, [consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2017/03/25/rome-declaration/](http://consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2017/03/25/rome-declaration/) (16.9.2018).

14 *Macron*, Initiative pour l'Europe – Discours d'Emmanuel Macron pour une Europe souveraine, unie, démocratique“, [de.ambafrance.org/Initiative-fur-Europa-Die-Rede-von-Staatspraesident-Macron-im-Wortlaut](http://de.ambafrance.org/Initiative-fur-Europa-Die-Rede-von-Staatspraesident-Macron-im-Wortlaut) (16.9.2018).

15 Pressemitteilung zur Erklärung von Meseberg v 19.6.2018, [bundesregierung.de/Content/DE/Pressemitteilungen/BPA/2018/06/2018-06-19-erklarung-meseberg.html](http://bundesregierung.de/Content/DE/Pressemitteilungen/BPA/2018/06/2018-06-19-erklarung-meseberg.html) (16.9.2018).

parates Euro-Parlament wendet. Während sich die Union stärker auf die „wirklichen wichtigen“ Dinge konzentrieren sollte, könnten dort, wo es sinnvoll sei, Befugnisse an die MS zurückgegeben werden.<sup>16</sup>

### 3. Ausgewählte Aspekte

#### 3.1. Differenzierung: Ein Europa der verschiedenen Geschwindigkeiten?

Die vermehrt wahrnehmbare Bereitschaft, Handlungsstillstand und Blockade auf europäischer Ebene ohne Änderung der aktuellen Vertragsstruktur der Union im Wege des themenbezogenen Voranschreitens einer Gruppe williger MS zu überwinden, lässt den Weg einer differenzierten Integration iSe Europas der verschiedenen Geschwindigkeiten als realistische Zukunftsperspektive erscheinen. Die Schlagworte Schengen, Euro oder Opt-out- bzw Opt-in-Reglungen etwa in den Bereichen Inneres und Justiz zeigen, dass das abgestuft integrierte Europa bereits heute durchaus Realität ist. In diesem Zusammenhang gilt es gleichwohl zu hinterfragen, inwiefern das verstärkte Setzen auf eine solche Strategie einerseits rechtlich möglich, andererseits aber auch politisch erstrebenswert ist.

Von einem historischen Blickwinkel aus betrachtet ist die diesbezügliche Diskussion keineswegs neu. Sie wurde vor allem in den 1980er Jahren akut, als sich im Speziellen das VK der Idee der Einführung einer gemeinsamen Währung oder der Abschaffung von Personenkontrollen an den Binnengrenzen vehement widersetzte. Als Ausweg wurde etwa das erste Schengener Abkommen 1985 von zunächst fünf MS außerhalb des institutionellen Rahmens der damaligen EG abgeschlossen. In weiterer Folge verankerte der Vertrag von Maastricht 1993 Bestimmungen im Primärrecht, die nicht für alle MS gleichermaßen galten. So schuf er insb die Grundlagen für die spätere Einführung des Euro, ohne das VK und Dänemark zu einer Teilnahme zu verpflichten. Schließlich wurde die Möglichkeit zum „Voranschreiten“ einer Gruppe von MS mit dem Vertrag von Amsterdam 1997 durch die Einführung des Instruments der *Verstärkten Zusammenarbeit* institutionalisiert (heute Art 20 EUV, Art 326ff AEUV), doch dauerte es bis zum Jahr 2010, dass es erstmals genutzt wurde.<sup>17</sup>

Folglich bieten sich für eine Strategie der differenzierten Integration zwei Optionen an: Einerseits der intergouvernementale Ansatz, bei dem sich eine Anzahl kooperationswilliger MS auf den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags verständigt. Auf eben jener

---

<sup>16</sup> Juncker, Rede zur Lage der Union 2017, europa.eu/rapid/press-release\_SPEECH-17-3165\_de.htm (16.9.2018).

<sup>17</sup> Unter Rückgriff auf Art 20 EUV wurden die VO 1259/2010, ABl L 2010/343, 10 zur Regelung des auf Ehescheidungen und die Trennung von Ehepartnern anwendbaren Rechts („Rom III“) sowie die VO 1257/2012, ABl L 2012/361, 1 und VO 1260/2012, ABl L 2012/361, 89 (Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes) beschlossen. In Verhandlung steht darüber hinaus die Einführung einer Finanztransaktionssteuer. Von Bedeutung ist außerdem die auf Art 42 Abs 6 EUV gestützte Begründung der sog Ständigen Strukturierten Zusammenarbeit (PESCO) im Bereich der Verteidigungspolitik durch Beschluss 2017/2315 ABl 2017/331, 57.

Technik beruhen der ESM-Vertrag<sup>18</sup> und der SKV-Vertrag<sup>19</sup> – beide Teil der Maßnahmen zur Stabilisierung der durch die Euro- und Staatsschuldenkrise gebeutelten Wirtschafts- und Währungsunion. Dieser Weg kommt allerdings nur in Politikbereichen in Frage, in denen die Union über keine ausschließliche Kompetenz verfügt und auch sonst kein Verstoß gegen das Unionsprimärrecht vorliegt.<sup>20</sup> Andererseits erlaubt die Verstärkte Zusammenarbeit nach Art 20 EUV eine Kooperation *innerhalb* des institutionellen Rahmens der Unionsverträge. Nach den in Art 20 Abs 1 EUV festgelegten materiellen Voraussetzungen darf diese Kooperationsform nur im Rahmen der nicht-ausschließlichen Kompetenzen der Union verfolgt werden und muss darauf ausgerichtet sein, „die Verwirklichung der Ziele der Union zu fördern, ihre Interessen zu schützen und ihren Integrationsprozess zu stärken.“ Ein vom Rat zu erlassender Ermächtigungsbeschluss muss dabei nach Art 20 Abs 2 EUV als letztes Mittel anzusehen sein, wenn die im konkreten Fall angestrebten Ziele von der Union in ihrer Gesamtheit nicht innerhalb eines vertretbaren Zeitraums verwirklicht werden können.<sup>21</sup> Darüber hinaus müssen sich zumindest neun MS an der verstärkten Zusammenarbeit beteiligen.

Im Lichte des institutionellen Gefüges der Union erweist sich besonders der intergouvernementale Ansatz als problematisch, vollzieht sich doch der Rückgriff auf völkerrechtliche Verträge unter Umgehung des EP bzw auch der EK. Es verwundert insofern auch nicht, dass sich gerade das EP mit Vehemenz gegen diese Vorgehensweise ausspricht und – entsprechend dem Bsp des Schengener Abkommens – auf eine Überführung des SKV-Vertrags und des ESM in das EU-Recht dringt.<sup>22</sup> Demgegenüber bietet die Verstärkte Zusammenarbeit nach Art 20 EUV den Vorteil eines geregelten, auf Interessensausgleich hin ausgerichteten Rechtssetzungsverfahrens im Rahmen der EU-Verträge und unter Beteiligung ihrer Institutionen. Darüber hinaus bestimmt Art 20 Abs 3 AEUV, dass zwar in einem konkreten Fall nur die an der Verstärkten Zusammenarbeit beteiligten MS im Rat über den geplanten Rechtsakt abstimmen dürfen, gleichwohl aber sämtliche MS an den Beratungen teilnehmen können. Des Weiteren gilt das Prinzip der Offenheit der Verstärkten Zusammenarbeit, wonach es jedem MS möglich ist, sich ihr zu einem späteren Zeitpunkt anzuschließen.

Politisch gesehen stellt sich die Frage, inwieweit das Setzen auf ein Europa der verschiedenen Geschwindigkeiten als dauerhaft tragfähig angesehen werden kann und nicht einer Spaltung der EU in einen stärker integrierten Kern einerseits und in MS zweiter Klasse andererseits Vorschub leistet. An warnenden Bsp mangelt es nicht, wie etwa die Erfahrung mit der *Euro-Gruppe* zeigt. Dieses Gremium, das die Wirtschafts- und Finanzminister je-

18 Vertrag zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM), in Kraft getreten am 27.9.2012.

19 Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion, in Kraft getreten am 1.1.2013.

20 Vgl EuGH 27.11.2012, C-370/12, *Pringle*, ECLI:EU:C:2012:756.

21 Die Beurteilung der Notwendigkeit einer verstärkten Zusammenarbeit durch den Rat unterliegt einer lediglich eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle (EuGH 16.4.2013, C-274/11, *Spanien und Italien/Rat*, ECLI:EU:C:2013:240).

22 Vgl Nr 22 der Entschließung P8\_TA(2017)0048.

ner MS versammelt, die den Euro als Währung eingeführt haben, hat zwar seit dem Vertrag von Lissabon über Art 137 AEUV Eingang in die Verträge gefunden, doch tagt es rein informell. In der Regel finden die Beratungen am Vorabend des ECOFIN-Rates statt, welcher seinerseits die Wirtschafts- und Finanzminister sämtlicher MS umfasst. Wenngleich die Euro-Gruppe über keine konkreten Entscheidungsbefugnisse verfügt, hat sie in der Praxis erhebliches Gewicht und vermag die Beratungen des ECOFIN-Rates in einer Weise vorzubestimmen, dass nicht am Euro teilnehmende Staaten ihre Ausgrenzung beklagen.<sup>23</sup> Das seinerzeitige Angebot der Union an das VK, zusätzliche Garantien zu verankern, um die Rechte jener Länder zu wahren, ist als Reaktion auf diesen Missstand zu sehen, wurde aber infolge des *Brexit*-Votums obsolet.<sup>24</sup> Aktuell sind es vor allem osteuropäische MS, die ihre Skepsis bezüglich eines Europas der verschiedenen Geschwindigkeiten deutlich artikulieren und die Einheit der EU betonen.<sup>25</sup> Auch Kommissionspräsident *Juncker* nimmt auf diese Sensibilitäten Bezug, indem er darauf hinweist, dass die „Einfuhung eines neuen Eisernen Vorhangs“ befürchtet werde.<sup>26</sup> Seine Rede zur Lage der Union 2017, in der er die Einheit der EU in den Vordergrund stellt und auf eine Vervollständigung des Schengen- und Euro-Raums sowie der Bankenunion dringt, ist denn auch als implizite Absage an eine Strategie der differenzierten Integration zu sehen.

### 3.2. Fokussierung: Im Großen groß, im Kleinen klein

Eine zweite, konkreter diskutierte Reformidee betrifft die stärkere Fokussierung des Handelns der Union. Dieser in Szenario 4 des Weißbuchs der EK erläuterte Ansatz fand in weiterer Folge auch Eingang in die bereits angesprochene *Erklärung von Rom*, nach der sich die Union „in großen Fragen groß und in kleinen Fragen klein“ zeigen soll.<sup>27</sup> Kommissionspräsident *Juncker* sprach in diesem Zusammenhang anlässlich seiner Rede zur Lage der Union 2017 darüber hinaus explizit die Möglichkeit einer Rückgabe von Befugnissen an die MS an, und im Arbeitsprogramm der EK 2018 ist von einer Konzentration auf Fragen die Rede, „bei denen ein Handeln auf europäischer Ebene einen eindeutigen und nachweislichen Mehrwert bietet“<sup>28</sup>. Eine im November 2017 von *Juncker*

23 Vgl NN, Outs and ins – How the euro-zone outs are fighting to retain influence in the European Union, The Economist v 10.3.2011, economist.com/europe/2011/03/10/outs-and-ins (16.9.2018).

24 Vgl Schlussfolgerungen der Tagung des EU-Rates am 18. und 19.2.2016, EUCO 1/16, consilium.europa.eu/media/21770/st00001de16.pdf (16.9.2018).

25 Zur Position der vier sog Visegrad-Staaten Polen, Tschechien, Slowakei und Ungarn siehe etwa *Dostal*, Visegrad on Juncker’s White Paper: No to a multi-speed Europe, euractiv.com v 6.3.2017, euractiv.com/section/future-eu/opinion/visegrad-on-junckers-white-paper-no-to-a-multi-speed-europe/ (16.9.2018); vgl auch *Zalan*, EU struggles with multi-speed idea, euobserver.com v 10.3.2017, euobserver.com/institutional/137202 (16.9.2018).

26 NN, EU-Gipfel: Die Furcht vor einem neuen Eisernen Vorhang, Zeit online v 10.3.2017, zeit.de/politik/ausland/2017-03/eu-gipfel-brexit-bruessel-zukunft-der-europaeischen-union (16.9.2018).

27 S Fn 13.

28 EK, Mitteilung v 24.10.2017, COM (2017) 650 final, 2.

eigens installierte Taskforce<sup>29</sup> unter der Leitung des Ersten Vizepräsidenten der EK, *Frans Timmermans*, sollte zusätzlichen Input und Handlungsempfehlungen liefern und erstattete im Juli 2018 Bericht.<sup>30</sup>

Ähnlich dem Europa der verschiedenen Geschwindigkeiten ist auch dieser Ansatz nicht neu; genau genommen entspricht er ganz dem Credo der aktuellen EK. So stellte Kommissionspräsident *Juncker* schon bei seinem Amtsantritt 2014 zehn Politikbereiche in den Fokus seiner Agenda, während andere Bereiche den MS überlassen sein sollten.<sup>31</sup> Bei der Analyse der in Diskussion stehenden Vorschläge ist zwischen zwei Aspekten zu unterscheiden: Einerseits jenem der *Kompetenzverteilung*, sowie andererseits jenem der *Kompetenzausübung*.

Die Idee einer Rückübertragung von Befugnissen auf die MS lässt zunächst an eine Änderung der Kompetenzverteilung zugunsten dieser denken. Bei näherer Betrachtung stößt ein solcher Ansatz jedoch auf strukturell bedingte Hürden, da die Kompetenzverteilung zwischen Union und MS überwiegend nicht von einer Zuweisung von Sachbereichen an die eine oder andere Ebene, sondern von einem funktionalen Verständnis geprägt ist. Dies äußert sich in der Dominanz der zwischen Union und MS geteilten Zuständigkeiten (Art 4 AEUV). Als Paradebeispiel dient die potentiell sehr weitreichende Kompetenz für den Binnenmarkt, bezüglich dem Art 26 Abs 1 AEUV bestimmt, dass die Union die zu seiner Verwirklichung und seinem Funktionieren *erforderlichen* Maßnahmen erlässt. Dort, wo die Union dagegen tatsächlich über eine *ausschließliche* Bereichszuständigkeit verfügt (wie etwa in der gemeinsamen Handelspolitik), hat sie diese idR nicht ohne guten Grund. Der Idee eines Verschiebens von Kompetenzbereichen von der Union zurück an die MS mag ein gewisser Beifall nicht versagt bleiben, doch hat sie – will man nicht den Weg hin zu einer Art „harten“ Kompetenzverteilung gehen, die den Charakter des Verhältnisses zwischen Union und MS grundlegend ändern würde – praktisch geringe Realisierungsaussichten. Im Lichte dessen verwundet es auch wenig, dass die von *Juncker* eingesetzte Task Force einen „EU-Mehrwert“ in allen Aktivitätsfeldern der Union auszumachen vermochte und keine Zuständigkeiten oder Politikbereiche identifizierte, die an die MS rückübertragen werden sollten.<sup>32</sup>

Demgegenüber zielt der Aspekt der Kompetenzausübung – dh der Frage, ob und wie die Union von ihren Befugnissen Gebrauch macht – auf die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, die in Art 5 EUV erläutert werden. Dieser Bestimmung zufolge wird die Union nach dem Subsidiaritätsprinzip in den nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallenden Bereichen nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht

29 „Taskforce für Subsidiarität, Verhältnismäßigkeit und ‚Weniger, aber effizienteres Handeln‘“; s Pressemitteilung der EK v 14.11.2017, [europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-4621\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-4621_de.htm) (16.9.2018).

30 S Bericht der Taskforce an den Präsidenten der EK v 10.7.2018, [ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/report-task-force-subsidiarity-proportionality-and-doing-less-more-efficiently\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/report-task-force-subsidiarity-proportionality-and-doing-less-more-efficiently_de.pdf) (16.9.2018).

31 Rede zur Eröffnung der Plenartagung des EP, 15.7.2014. S auch Mitteilung der EK v 14.9.2016, „Bessere Rechtsetzung: Bessere Ergebnisse für eine stärkere Union“, COM(2016) 615 final.

32 Vgl Bericht der Taskforce (Fn 30) 10.

gezogenen Maßnahmen von den MS nicht ausreichend verwirklicht werden können (*Effizienztest*), sondern auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind (*Mehrwerttest*). Ferner gehen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinaus (*Erforderlichkeitstest*). Die Bedingungen für die Anwendung beider Grundsätze sind seit dem Vertrag von Amsterdam im sog Subsidiaritätsprotokoll (2. Protokoll zum EUV/AEUV) näher beschrieben. Es verpflichtet die EK insb, Entwürfe für Rechtsakte im Lichte beider Grundsätze zu begründen und Anhörungen durchzuführen. Der Vertrag von Lissabon brachte neue Verfahrensgarantien, wie etwa die Pflicht, den nationalen Parlamenten Entwürfe von Gesetzgebungsakten direkt zuzuleiten und eine Frist von in der Regel acht Wochen für Stellungnahmen zu gewähren. Die nationalen Parlamente bzw ihre Kammern verfügen darüber hinaus über das Instrument der *Subsidiaritätsrüge*, um etwaige Subsidiaritätsverstöße geltend zu machen. Erreicht die Zahl der Rügen bestimmte Schwellenwerte – „gelbe Karte“ bzw „orange Karte“ –, muss entweder die EK ein Festhalten an ihrem Entwurf gesondert begründen, oder das EP muss die Frage der Subsidiarität eigens prüfen.

Ein Blick in die jüngere Vergangenheit belegt die Bereitschaft der nationalen Parlamente, ihre Rolle im Rahmen der Subsidiaritätskontrolle durchaus aktiv wahrzunehmen und ggf Subsidiaritätsrügen auszusprechen.<sup>33</sup> Ein prominentes Bsp bildet etwa der Vorschlag zur sog *Monti-II-Verordnung*, der Gegenstand einer gelben Karte wurde und den die EK letztlich nicht weiterverfolgte.<sup>34</sup> Ein reiner Papiertiger blieb der Mechanismus folglich nicht. Seine Weiterentwicklung – bis hin zu einer Ausweitung der Einflussmöglichkeiten nationaler Parlamente – kann jedoch ein taugliches Vehikel sein, um die angestrebte Fokussierung des Unionshandelns in Teilbereichen zurückhaltenden Ausübung ihrer Befugnisse zu betreiben. In dem von der Taskforce erstellten Bericht ist diesbezüglich unter dem griffigen Schlagwort einer „aktiven Subsidiarität“ gar von einer „neuen Art des Arbeitens“ die Rede.<sup>35</sup> Ein näherer Blick zeigt, dass auf keine Neuerfindung des Rads, aber auf eine Prozessoptimierung abgezielt wird. Als Mangel wurde etwa ausgemacht, dass es an gemeinsamen Leitlinien für die Beurteilung von Rechtsakt-Vorschlägen im Hinblick auf Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsaspekte fehlt, weshalb ein „Musterraster“ in Gestalt einer Checkliste zur Orientierung sowohl der Unionsorgane, als auch der nationalen Parlamente vorgeschlagen wird. Da sich außerdem herausstellte, dass die in Art 6 Subsidiaritätsprotokoll genannte Frist von acht Wochen für Stellungnahmen nationaler Parlamente ggf zu kurz bemessen ist, soll sie „flexibel gehandhabt“ und in Richtung zwölf Wochen verlängert werden. Der Umstand, dass die derzeitige ös-

33 S dazu ausführlich Unterrichtung durch den Präsidenten des Dt Bundestags – Bericht über die Subsidiaritätsprüfung im Deutschen Bundestag und in anderen nationalen Parlamenten, BT-Drucks 18/12260 v 3.5.2017, Kapitel III und IV, [dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/122/1812260.pdf](http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/122/1812260.pdf) (16.9.2018).

34 Mit der VO sollte – in Reaktion auf die EuGH-Urteile in den Rechtssachen *Viking* (C-438/05) und *Laval* (C-341/05) – die Ausübung des Rechts auf kollektive Arbeitskampfmaßnahmen geregelt werden.

35 Vgl Fn 30.

ter EU-Ratspräsidentschaft das Thema Subsidiarität zu ihrer Priorität erkoren hat, dem sich Mitte November auch eigens eine Konferenz in Bregenz widmen wird, macht eine weitere Vertiefung der Diskussion absehbar.<sup>36</sup>

### 3.3. Demokratisierung: Ein Europa der Bürger\_innen?

Schließlich zeichnet die laufende Debatte ein weit verbreitetes Bekenntnis zu einem *demokratischeren* Europa aus.<sup>37</sup> So erheben sowohl *Juncker* als auch *Macron* Demokratie zu einem Leitmotiv ihrer Zukunftsvisionen, und auch in der *Erklärung von Rom* ist von einem „demokratischeren Beschlussfassungsprozess“ die Rede. Bei genauerem Hinsehen erscheinen die präsentierten Vorschläge allerdings zaghaft. Während etwa *Macron* in seiner Sorbonne-Rede den Aspekt eines souveränen Europas in großem Umfang und Detail entwickelte, blieb jener eines demokratischen Europas merkbar dahinter zurück. *Macron* beschränkte sich darauf, sich zum einen für „demokratische Konvente“ auszusprechen, dh für breit angelegte Diskussionsveranstaltungen auf nationaler und lokaler Ebene zu Themen von europäischem Belang. Zum anderen plädierte er dafür, die durch den *Brexit* freiwerdenden Abgeordnetensitze im EP auf der Grundlage europaweiter Listen zu besetzen. Kommissionspräsident *Juncker* nannte zur Konkretisierung seiner Vorstellung für eine demokratischere Union neue Regeln zur Finanzierung politischer Parteien, transnationale Listen für die Europawahlen sowie die Beibehaltung des Spitzenkandidatensystems im Hinblick auf die Kür des Präsidenten der EK. Darüber hinaus spricht er sich für eine Verschmelzung jener Position mit der des EU-Ratspräsidenten aus, da Europa dadurch „besser funktionieren“ würde und „leichter zu verstehen“ wäre.<sup>38</sup>

Die angeführten Maßnahmen vermitteln schwerlich das Bild eines schlüssigen Gesamtkonzepts. Dies ist umso mehr zu bedauern, als gerade dem Demokratieaspekt im Hinblick auf die Akzeptanz der EU viel stärkeres Gewicht gebührt. Die diesbezüglichen Schwachstellen sind bekannt. Sie liegen insb im exekutivlastigen Gesetzgebungsverfahren auf Ebene der Union begründet, dem ein Defizit an demokratischer Legitimierung zugeschrieben wird. Um dieses zu beheben und das vielfach als komplex und schwer vermittelbar empfundene Zusammenwirken der EU-Institutionen zu reformieren, wäre freilich am institutionellen Gefüge der Union selbst anzusetzen. Die Vorschläge des EP weisen in diese Richtung, wenn es die EK hin zur maßgeblichen Exekutivbehörde und Regierung der Union fortentwickeln will, der eine Legislative in Gestalt zweier Kammern (EP und Rat) gegenübersteht. Die Bereitschaft, tatsächlich Schritte in diese Richtung zu setzen, ist jedoch weder bei der EK und schon gar nicht bei den MS gegeben. Erkennbar

<sup>36</sup> Vgl Programm des österr Ratsvorsitzes, 12, abrufbar unter [eu2018.at/de/agenda-priorities/programme.html](http://eu2018.at/de/agenda-priorities/programme.html) (16.9.2018).

<sup>37</sup> Vgl dazu im *thema* dieses Hefts: *Guérot*, Europäische Republik: Von der EU-Rechtsgemeinschaft zur europäischen Demokratie? *juridikum* 2018, 489.

<sup>38</sup> Rede zur Lage der Union 2017 (Fn 16); s dazu auch die Mitteilung der EK v 14.2.2018, „Europa hält, was es verspricht: wie wir die institutionelle Arbeit der Europäischen Union effizienter machen können“ (COM[2018] 95 final).

dominiert stattdessen die Vorstellung, das – durchaus wahrgenommene – Akzeptanzdefizit der Union sei primär ergebnisseitig zu beheben. Nach diesem Verständnis lässt sich die Zufriedenheit mit der und das Vertrauen in die EU heben, wenn sie „liefert“ und eine in den Augen der Bevölkerung gute Politik betreibt. Bleibt Besserung dennoch aus, so reduziert sich der Missstand zum Kommunikationsproblem. Es erscheint insoweit bezeichnend, wenn im Weißbuch davon die Rede ist, dass die EU nicht leicht zu verstehen sei und ihr positiver Beitrag eben „nicht gut genug erklärt“ werde.<sup>39</sup> Ein solcher Ansatz blendet gleichwohl aus, dass Akzeptanz und Legitimierung nicht nur auf zufriedenstellenden Ergebnissen fußen, sondern auch eine *input*-seitige Dimension aufweisen. Akzeptanz wird gerade auch – und erst recht – durch vermittelbare, die Bürger\_innen einbeziehende Entscheidungsprozesse und Strukturen geschaffen, mag auch Dissens über die unter solchen Rahmenbedingungen zustande gekommenen Ergebnisse fortbestehen. Die kürzlich auf überraschend große Resonanz gestoßene öffentliche Konsultation zur Sommerzeitregelung<sup>40</sup> kann als deutliches Indiz gesehen werden, dass ein Wunsch nach stärkerer Einbindung gegeben ist. Vorschläge für ein demokratischeres Europa, die diese grundsätzliche Problematik außer Acht lassen, bleiben deshalb Stückwerk.

#### 4. Resümee

Im Frühjahr 2019 wird sich die EU verändern. Dies zwangsläufig dadurch, dass das VK die Union – aller Wahrscheinlichkeit nach – mit 29. März verlässt, mit den Europawahlen Ende Mai die Karten im EP neu gemischt werden und in weiterer Folge eine andere EK mit neuer Spitze ihr Amt antritt. Ob sich die EU auch darüber hinausgehend verändert, um den vielfältigen Herausforderungen, mit denen sie konfrontiert ist und bleibt, gewachsen zu sein, muss sich noch weisen. Die Debatte über ihre Zukunft ist in vollem Gang. Die im Zuge dessen von Seiten der Führungsspitzen einiger MS vermehrt zum Ausdruck gebrachte Bereitschaft zu intensiverer Kooperation innerhalb einer Gruppe von „Willigen“ lässt eine verstärkte Tendenz hin zu einem – bereits heute in einigen Bereichen Realität gewordenen – Europa der verschiedenen Geschwindigkeiten absehbar erscheinen. Das Unionsrecht selbst ermöglicht eine solche Vorgehensweise unter bestimmten Voraussetzungen. Politisch gesehen kann dies ein probates Mittel darstellen, um Blockaden zu überwinden. Allerdings ist essentiell, die Einbindung der verbleibenden MS in den Beratungsprozess zu gewährleisten und langfristigen Spaltungstendenzen vorzubeugen. Die darüber hinaus in Diskussion stehende Idee einer stärkeren Fokussierung der Union auf bestimmte Politikbereiche baut auf einem von Kommissionspräsident *Juncker* bereits seit seinem Amtsantritt verfolgten Ansatz auf. In diesem Zusammenhang ist die angeordnete Möglichkeit einer Rückübertragung von Zuständigkeiten von der Union auf die

---

39 Weißbuch (Fn 7) 12.

40 Siehe dazu näher: [ec.europa.eu/info/consultations/2018-summertime-arrangements\\_de](http://ec.europa.eu/info/consultations/2018-summertime-arrangements_de) (16.9.2018).

MS zwar plakativ, aber wenig wahrscheinlich. Demgegenüber besteht in einer Weiterentwicklung der Subsidiaritätskontrolle eine realistische Perspektive. Mangels Bereitschaft zu einer institutionellen Reform der Union bleiben schließlich auf eine stärkere Demokratisierung der Union hin gerichtete Vorschläge hinter den Erwartungen zurück.

David Eisendle, LL. M. (WU), arbeitet als Rechtsreferent im Kabinett der Richterin Prof. Dr. Maria Berger am Gerichtshof der Europäischen Union in Luxemburg; david.eisendle@curia.europa.eu

# Achmea

## Über Investitionsschutz, Demokratie und das Wesen des Unionsrechts

Johannes Tropper

---

### 1. Einleitung

Am 6. März 2018 fällte der EuGH ein Urteil, welches das bestehende System der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit (innerhalb) der EU ins Wanken brachte. In der Rs *Achmea* C-284/16 entschied der EuGH, dass ein Investitionsschutzabkommen zwischen den Niederlanden und der Slowakei mit dem Unionsrecht unvereinbar ist.<sup>1</sup> Vor dem Hintergrund der Kritik an Investor-Staat-Streitbeilegung (ISDS) wurde das Urteil von Vertreter\*innen der Zivilgesellschaft begrüßt und als Stärkung der Demokratie interpretiert<sup>2</sup>; von Mitgliedern der „Schiedscommunity“ hingegen als rechtsstaatlich bedenklich dargestellt und in seiner Bedeutung relativiert<sup>3</sup>.

Im vorliegenden Beitrag wird zunächst (2) der Hintergrund zu *Achmea* und die Entscheidung des EuGH erläutert. Im Anschluss daran (3) wird die demokratiepolitische Bedeutung der Entscheidung beleuchtet. Schließlich wird (4) das Wesen des Unionsrechts und seine Stellung im Vergleich zum Völkerrecht im Lichte von *Achmea* analysiert.

### 2. Das *Achmea*-Urteil und seine faktischen Hintergründe

#### 2.1. Die Vorgeschichte zum EuGH Urteil

*Achmea B.V.* ist eine niederländische Versicherungsgruppe, die ua private Krankenversicherungen anbietet und 2006 über eine Tochtergesellschaft<sup>4</sup> in der Slowakei tätig wurde.<sup>5</sup> Nach dem Beitritt zur EU beschloss die Slowakei eine Privatisierung staatlicher Krankenversicherungsanbieter\*innen und die Liberalisierung des Gesundheitssektors.<sup>6</sup>

---

1 EuGH 6.3.2018, C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158 (iF EuGH, *Achmea*).

2 Vgl zB *Mehr Demokratie*, Europäischer Gerichtshof verbietet ISDS-Paralleljustiz zwischen EU-Staaten, mehr-demokratie.de/news/2018/europaeischer-gerichtshof-verbietet-isds-paralleljustiz-zwischen-eu-staaten/ (1.9.2018); *Beer/Wixforth*, Ende des Anachronismus: keine Sonderklagerechte für europäische Investoren, awblog.at/sonderklagerechte-fuer-investoren/ (1.9.2018).

3 *Stefan*, Brace for Impact? Examining the reach of *Achmea v Slovakia*, arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/06/24/brace-for-impact-examining-the-reach-of-achmea-v-slovakia/ (1.9.2018).

4 100 % der Aktien im Eigentum von *Achmea B.V.*

5 PCA Case No 2008-13 7.12.2012, *Achmea B.V./The Slovak Republic* (formerly *Eureko B.V./The Slovak Republic*) Rz 90 (iF *Achmea B.V./Slovak Republic*).

6 *Achmea B.V./Slovak Republic* Rz 87–89.

Nachdem 2006 die sozialdemokratische SMER die Parlamentswahlen gewonnen hatte, wurden Teile der Gesundheitsreform aufgehoben, wobei insb die Gewinnausschüttung von Profiten der privaten Krankenversicherungsanbieter\*innen an deren Aktionär\*innen verboten wurde.<sup>7</sup> *Achmea B.V.* beurteilte diese Beschränkungen als unzulässigen Eingriff in ihre Investition und leitete auf Grundlage eines bilateralen Investitionsschutzvertrags (BIT) – abgeschlossen im Jahre 1991 zwischen den Niederlanden und der Slowakei (damals noch Tschechoslowakei)<sup>8</sup> – ein Schiedsverfahren ein.<sup>9</sup> Das *ad-hoc*-Schiedsgericht mit Sitz in Deutschland erkannte *Achmea B.V.* Schadenersatz idHv € 22,1 Mio zu.<sup>10</sup> IdF beantragte die Slowakei vor dt Gerichten die Aufhebung des Schiedsspruchs wegen der Unvereinbarkeit des BIT mit Unionsrecht, woraufhin der Bundesgerichtshof die Rs dem EuGH vorlegte.<sup>11</sup>

## 2.2. EuGH 6.3.2018, C-284/16, *Achmea*

Der EuGH entschied, dass der BIT zwischen den Niederlanden und der Slowakei gegen Unionsrecht verstößt. Im Urteil verweist der EuGH auf seine stRsp, wonach ein Abkommen der EU bzw der MS die Autonomie des Unionsrechts nicht gefährden dürfe.<sup>12</sup> Die Autonomie zeichne sich durch die Existenz des Unionsrechts als eigenständige, von MS und Völkerrecht losgelöste Rechtsordnung aus.<sup>13</sup> Um die Autonomie des Unionsrechts und dessen besondere Merkmale gewährleisten zu können, bedürfe es einer einheitlichen Auslegung des Unionsrechts, die nur durch den EuGH im Zusammenspiel mit nationalen Gerichten (Vorabentscheidungsverfahren nach Art 267 AEUV) garantiert werden könne.<sup>14</sup>

Laut einer Bestimmung des niederländisch-slowakischen BIT haben Schiedsgerichte auf Grundlage des Rechts zu entscheiden und müssen dabei neben den Bestimmungen des BIT insb das geltende Recht der betroffenen Vertragspartei sowie alle erheblichen Abkommen zwischen den Vertragsparteien berücksichtigen.<sup>15</sup> Der EuGH vertritt deshalb die Auffassung, dass ein Schiedsgericht bei einem solchen BIT Unionsrecht auszulegen oder anzuwenden habe: „Das Unionsrecht ist [...] sowohl als Teil des in jedem Mitgliedstaat geltenden Rechts als auch als einem internationalen Abkommen zwischen den Mit-

7 *Achmea B.V./Slovak Republic* Rz 91–101.

8 Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic 2242 UNTS 205 (iF BIT).

9 *Achmea B.V./Slovak Republic* Rz 220–270.

10 *Achmea B.V./Slovak Republic* Rz 278–295, 333.

11 BGH 3.3.2016, I ZB 2/15.

12 EuGH, *Achmea* Rz 32.

13 *Klamert*, The Autonomy of the EU (and of EU Law): Through the Kaleidoscope, *European Law Review* 2017, 815 (819).

14 EuGH, *Achmea* Rz 35–37.

15 Art 8 Abs 6 BIT.

gliedstaaten entsprungen anzusehen.<sup>16</sup> Ein Schiedsgericht zähle allerdings nicht zu den Gerichten der MS und könne daher dem EuGH keine Fragen zur Auslegung von Unionsrechts vorlegen.<sup>17</sup> Die eingeschränkte gerichtliche Überprüfung von Schiedssprüchen durch vorlageberechtigte nationale Gerichte genüge bei Investitionsschiedsverfahren, anders als bei Handelsschiedsverfahren zwischen Privaten, nicht, um die einheitliche Auslegung zu gewährleisten.<sup>18</sup> Somit liege die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit dieses BIT außerhalb des unionsrechtlich vorgesehen Gerichtssystems und stehe im Widerspruch zur Verpflichtung der MS, Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung der Verträge nicht anders als nach den in den Verträgen vorgesehen Bestimmungen zu regeln (Art 344 AEUV). Daraus folge, dass ein Investitionsschutzabkommen wie der niederländisch-slowakische BIT die Autonomie des Unionsrechts gefährde und mit dem Unionsrecht unvereinbar sei.<sup>19</sup>

### 3. Demokratie und Souveränität

*Achmea* wurde von einigen Vertreter\*innen der Zivilgesellschaft, die ISDS für ein Paralleljustizsystem halten<sup>20</sup>, aus demokratiepolitischen Gründen befürwortet. Demokratisch legitimierte Entscheidungen nationaler Parlamente würden über ISDS mit rechtlichen Mitteln außerhalb des nationalen Rechtsschutzsystems „bekämpft“. Insb werde der Gesetzgeber in seinem Aktionsfreiraum eingeschränkt bzw beschränke sich der Gesetzgeber aus Sorge vor potentiellen Schadenersatzklagen von Investor\*innen selbst (*chilling effect*).<sup>21</sup> Inwiefern ein derartiger *chilling effect* tatsächlich existiert, ist umstritten, aber es ist nicht auszuschließen, dass es Situationen gibt, in denen drohende oder anhängige Verfahren zu gesetzgeberischer Vorsicht führen.<sup>22,23</sup> Letztlich ist es eine Frage des politischen Willens, ob ein bestimmtes nationales Gesetz, das in völkerrechtlich zulässiger- oder unzulässigerweise die Rechte von Investor\*innen beschränkt, beschlossen wird. Dieser politische Wille drückt sich darin aus, dass die Staatsorgane in Kauf nehmen, sich auf ein rechtliches Verfahren einzulassen, in dem möglicherweise ein Schiedsspruch in Millio-

16 EuGH, *Achmea* Rz 41.

17 EuGH, *Achmea* Rz 43–49.

18 EuGH, *Achmea* Rz 50–55.

19 EuGH, *Achmea* Rz 60.

20 ZB *Attac*, EuGH: Konzernklagerechte unvereinbar mit EU-Recht, [attac.de/startseite/detailansicht/news/eugh-konzernklagerechte-unvereinbar-mit-eu-recht/](http://attac.de/startseite/detailansicht/news/eugh-konzernklagerechte-unvereinbar-mit-eu-recht/) (1.9.2018).

21 *Van Harten*, A Critique of Investment Treaties and Investor-State Arbitration, *juridikum* 2013, 338 (347); *Koskeniemi*, It's not the Cases, It's the System, *Journal of World Investment & Trade* 2017, 343 (351–352).

22 *Tienhaara*, Regulatory chill and the threat of arbitration: A view from political science, in *Brown/Miles* (Hrsg), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (2011) 606.

23 Investor\*innen versuchen den *chilling effect* zweifellos für sich zu nutzen. So auch *Achmea B.V.*: „I pointed out to you [Anm Gesundheitsminister der Slowakei] that possible proposals [...] will be in conflict with European regulations and bilateral treaties between the Netherlands and the Slovak Republic [...]. You will understand that [...] we will have to confront you with considerable damages claims if these proposals become legislation“ (*Achmea B.V./Slovak Republic* Rz 104).

nen- oder Milliardenhöhe zuungunsten des Staates gefällt wird. Das jeweilige Gesetz bzw die verwaltungsrechtliche Maßnahme kann auf jeden Fall umgesetzt werden, die Frage ist nur, welchen Preis der Staat dafür zu zahlen bereit ist. Die staatliche Rechtsetzungsbefugnis (*right to regulate*) wird somit *de jure* durch ISDS nicht beschnitten, allerdings ist es denkbar, dass drohende Schadenersatzklagen *de facto* den Staat dazu veranlassen, von seiner Rechtsetzungsbefugnis keinen Gebrauch zu machen. Dieses demokratiepolitisch formulierte Bedenken ist im Kern eine Sorge um den Verlust staatlicher Souveränität.<sup>24</sup>

Aus diesem Blickwinkel erscheint *Achmea* demokratiepolitisch wertvoll. Ein Wegfall von ISDS innerhalb der EU könnte aus dem oben angeführten Grund den nationalen, demokratisch legitimierte(n) Gesetzgeber stärken.

Wie weit die Wirkung von *Achmea* reicht, bleibt derzeit noch unklar.<sup>25</sup> Sollte ein totaler Wegfall des ISDS-Systems aufgrund von *Achmea* eintreten, sind an der Art und Weise dieses Wegfalls und an der Entscheidung selbst demokratiepolitisch zwei Aspekte bedenklich: erstens, die Entpolitisierung durch Entscheidungsübertragung auf den EuGH; zweitens, die Abschaffung int Rechtsschutzmechanismen zur Kontrolle staatlicher Entscheidungen.

### 3.1. Entpolitisierung

ISDS hat in der Öffentlichkeit vieler Staaten zu heftigen Diskussionen geführt, insb im Kontext von CETA<sup>26</sup> und TTIP. MS, die bilaterale Investitionsschutzabkommen zwischen MS (intra-EU BITs) ablehnen, haben trotz der öffentlichen Kritik gegenüber ISDS nicht von sich aus die politische Verantwortung übernommen und ihre Investitionsschutzabkommen beseitigt. Unabhängig von der Frage, ob intra-EU BITs unionsrechtswidrig sind, haben die Vertragsstaaten von BITs die Möglichkeit, diese einvernehmlich oder einseitig zu beenden.<sup>27</sup> Die Feststellung des EuGH, dass (bestimmte) intra-EU BITs unionsrechtswidrig sind, bedeutet nicht automatisch, dass sie dadurch aufgehoben sind. Auf der völkerrechtlichen Ebene hat sich an deren Gültigkeit nichts geändert und es ist zweifelhaft, ob Schiedsgerichte im Falle ihrer Anrufung ihre Zuständigkeit wegen *Achmea* ablehnen würden.<sup>28</sup> Die MS müssen daher von sich aus die Verträge aufkündigen bzw über Ver-

24 Dolzer/Schreuer, Principles of International Investment Law (2012) 24.

25 Vgl ICSID 16.5.2018, Case No ARB/14/1, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain* Rz 678–683 (iF ICSID, *Masdar/Spain*); ICSID 31.8.2018, Case No ARB/12/12, *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany* Rz 161–163 (iF ICSID, *Vattenfall/Germany*); Brauneck, Multilateraler Gerichtshof und EuGH-Achmea-Urteil: Das Ende aller EU-mitgliedstaatlich vereinbarten Schiedsgerichte? EuR 2018, 429 (430–432).

26 Vgl dazu im *thema* dieses Heftes: Lachmayer/Wieser, Investitionsschutzrecht 2.0: Alter Wein in neuen Schläuchen. Auf der Suche nach dem Sinn des Investitionsschutzes im CETA-Abkommen, *juridikum* 2018, 548.

27 Vgl zB Art 27 Abs 2 Österreich-Slowakei-BIT, BGBl 1991/513. So haben etwa Irland und Italien ihre intra-EU BITs schon 2012 bzw 2013 aufgekündigt.

28 ICSID, *Masdar/Spain* Rz 678; ICSID, *Vattenfall/Germany* Rz 161–164, 212–229; ICSID 6.6.2016, Case No ARB/13/30, *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain* (iF ICSID, *RREEF/Spain*) Rz 87: „EU law does not and cannot ‘trump’ public international law“.

tragsverletzungsverfahren von der Europäischen Kommission dazu gezwungen werden. Dennoch liegt der Grund für die Aufkündigung nun nicht mehr in der politischen Absicht der Staaten, sondern in einem externen Motivationsgrund: dem EuGH-Urteil. Ein kontroverses politisches Thema wurde durch die Verlagerung in die Sphäre des EuGH zu einem rein rechtlichen gewandelt. Es zeigt sich an dieser E, dass die europäische Ebene und insb der EuGH für MS eine Chance zur Entpolitisierung öffentlicher Debatten bietet.<sup>29</sup> Die Übertragung der ISDS-Debatte in ein rechtliches Forum hilft nicht nur, das Thema als ein technisch-rechtliches Problem darzustellen,<sup>30</sup> sondern auch die Verantwortung für potentiell negative Konsequenzen des Wegfalls der Investitionsschutzabkommen auf den EuGH und die EU abschieben zu können.<sup>31</sup> Durch die Entpolitisierung und die Abschiebung von Verantwortung werden diese Themen allerdings erst recht dem öffentlichen Diskurs entzogen.

### 3.2. Abschaffung internationaler Rechtsschutzmechanismen

Gerichtliche Entscheidungen, die politisch erwünscht oder unerwünscht erscheinen, sind bei Betrachtung der Begründung oft in einem anderen Licht zu beurteilen. Der EuGH hält in *Achmea* im Endeffekt fest, dass in allen Fällen, in denen auf Grund einer bestimmten Rechtsgrundlage Unionsrecht auszulegen sein könnte, diese Auslegung nur von vorlageberechtigten Gerichten der MS erfolgen kann. Dadurch kann eine externe Kontrolle von Unionsrecht ohne Einbindung des EuGH rechtlich kaum noch verwirklicht werden, wie das EMRK-Gutachten des EuGH schon zeigte. Laut diesem ist primär aus Gründen der Autonomie ein Beitritt der Union zur EMRK nicht möglich.<sup>32</sup> Das EMRK-Gutachten stieß auf weniger Gegenliebe als *Achmea*,<sup>33</sup> obgleich die rechtliche Argumentation in der Begründung der beiden E sehr eng miteinander verflochten ist. Eine extensive Auslegung von *Achmea*,<sup>34</sup> die unabhängig von der jeweiligen Schiedsklausel davon ausgeht, dass bei intra-EU BITs Unionsrecht ausgelegt werden könne,<sup>35</sup> beschränkt int Rechtsschutzmechanismen. Jegliche externe Kontrolle von staatlichen Maßnahmen, die irgendeinen Konnex zu Unionsrecht aufweisen, wird ohne Einbindung des EuGH unionsrechtwidrig. Würde eine so extensive Auslegung nicht auch bedeuten, dass die Möglichkeit einer Individualbeschwerde beim EGMR gegen staatliche Maßnahmen, die nur einen geringfügigen Bezug zu Unionsrecht haben, gegen Unionsrecht verstoßen

---

29 Hay, *Why We Hate Politics* (2007) 85.

30 *Burley/Mattli*, *Europe before the Court. A Political Theory of Legal Integration*, International Organization 1993, 41 (73).

31 Hay, *Why We Hate Politics* 83.

32 EuGH 18.12.2014, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rz 258 (iF EuGH, Gutachten 2/13).

33 *Michl*, *Thou shalt have no other courts before me*, *verfassungsblog.de/thou-shalt-no-courts/* (1.9.2018).

34 Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Protection of intra-EU investment, 19.7.2018, COM (2018) 547/2, 1 (3–4).

35 Von den 12 österreichischen intra-EU BITs beinhaltet etwa kein einziger eine exakt gleiche Schiedsklausel wie die des „*Achmea*-BIT“. In acht dieser BITs fehlt eine Klausel zum anwendbaren Recht sogar zur Gänze.

könnte? Der EGMR kann zwar erst nach Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs angerufen werden, aber sein Urteil ist endgültig (Art 46 EMRK) und er kann den EuGH nicht mehr anrufen, weil er kein Gericht der MS ist. Wäre *Achmea* tatsächlich so extensiv auszulegen, könnte der Schutz von Grundrechten durch die Gerichte unionsrechtlich problematisch sein, weil rein hypothetisch Unionsrecht ausgelegt werden könnte. Insb im Kontext politischer Grundrechte wie der Versammlungsfreiheit wäre dies aus demokratiepolitischer Sicht bedenklich.

*Achmea* macht im Zusammenspiel mit dem EMRK-Gutachten deutlich, dass die Rechtsschutzmechanismen außerhalb des Unionsrechtssystems nach der Rsp des EuGH oft nur schwer in Einklang mit Unionsrecht gebracht werden können. Die Begründung in *Achmea* und im EMRK-Gutachten kreist dabei um die Autonomie des Unionsrechts und seiner Besonderheit, die bewahrt werden müsse.

#### 4. Wesen des Unionsrechts

Dem EuGH zufolge ist die eben erwähnte Besonderheit des Unionsrechts der Grund, weswegen nur der EuGH mit Hilfe der Gerichte der MS das Unionsrecht auslegen dürfe.<sup>36</sup> Allerdings wird nirgends im BIT explizit festgeschrieben, dass das Schiedsgericht Unionsrecht auszulegen oder anzuwenden gehabt habe. Dennoch hatte das Schiedsgericht nach dem BIT auch „das geltende Recht der betroffenen Vertragspartei“ und „[andere erhebliche] Abkommen zwischen den Vertragsparteien“ zu berücksichtigen.<sup>37</sup> Der EuGH vertritt die Ansicht, dass das Unionsrecht „angesichts seines Wesens und seiner Merkmale [...] sowohl als Teil des in jedem Mitgliedstaat geltenden Rechts als auch als einem internationalen Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten entsprungen anzusehen“<sup>38</sup> sei. Das Unionsrecht zeigt darin sein janusköpfiges Wesen: Es entfaltet dieselbe Wirkung wie nationales Recht, hat aber einen völkerrechtlichen Ursprung und weist demnach auch völkerrechtliche Charakteristika auf. Dabei sei die Union weder ein Staat<sup>39</sup> noch Unionsrecht „klassisches“ Völkerrecht, sondern eben eine eigenständige Rechtsordnung<sup>40</sup>, ein Konstrukt *sui generis*.<sup>41</sup>

##### 4.1. Unionsrecht als Rechtsordnung *sui generis*

Dieser Abschnitt widmet sich zunächst der Frage, wieso Unionsrecht eine Rechtsordnung *sui generis* ist (4.1). Im Anschluss daran wird untersucht, ob sich Unionsrecht aus völk-

36 EuGH, *Achmea* Rz 35–37.

37 Art 8 Abs 6 BIT.

38 EuGH, *Achmea* Rz 41.

39 EuGH, Gutachten 2/13 Rz 156.

40 EuGH 15.7.1964, C-6/64, *Costa/E.N.E.L.*, ECLI:EU:C:1964:66, 1269 (iF EuGH, *Costa/ENEL*).

41 *Phelan*, What Is *Sui Generis* About the European Union? Costly International Cooperation in a Self-Contained Regime, *International Studies Review* 2012, 367.

kerrechtlicher Sicht als Völkerrecht oder innerstaatliches Recht verstehen lässt und welche Auswirkungen diese Einordnungen hätten (4.2). Schließlich soll die Hierarchie des völkerrechtlichen „Stufenbaus“ aus demokratiepolitischer Sicht diskutiert (4.3) und die Probleme des Postulats der *sui-generis*-Natur angerissen werden (4.4).

Der EuGH legte bereits in den frühesten Jahren der EG den Grundstein für seine Deutung des Unionsrechts als eine autonome Rechtsordnung. Die MS hätten ihre eigenen Souveränitätsrechte in den Verträgen soweit beschränkt, dass sie „[z]um Unterschied von gewöhnlichen internationalen Verträgen [...] eine eigene Rechtsordnung geschaffen [haben], die bei [...] Inkrafttreten [der Verträge] in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten aufgenommen worden [ist] und von ihren Gerichten anzuwenden ist“<sup>42</sup>. Eine Vielzahl besonderer Merkmale sei dem Unionsrecht zu eigen, die diesen Status als Rechtsordnung *sui generis* rechtfertige.<sup>43</sup> Neben dessen autonomen Ursprung selbst sei dies insb die Möglichkeit, dass unionsrechtliche Bestimmungen innerhalb der MS gegenüber den Staatsangehörigen unmittelbare Wirkung entfalten.<sup>44</sup> Es bedürfe dazu keiner Mediatisierung durch nationale Vorschriften. Ein weiteres zentrales Merkmal des Unionsrecht ist der Vorrang vor nationalem Recht.<sup>45</sup> Dadurch sei die Union „mit einer neuartigen Rechtsordnung von spezieller Natur, einem ihr eigenen verfassungsrechtlichen Rahmen und ihr eigenen Grundprinzipien, einer besonders ausgefeilten institutionellen Struktur sowie einem Gesamtbestand ihr Funktionieren gewährleistender Rechtsregeln ausgestattet“<sup>46</sup>. Es steht außer Zweifel, dass die Union durch diese Jud und ihre Kompetenzen ein Konstrukt ist, das sich nur schwer mit herkömmlichen int Organisationen vergleichen lässt.<sup>47</sup> Das bedeutet aber nicht zwangsläufig, dass sich aus einer externen-völkerrechtlichen Perspektive Unionsrecht nicht in eine der beiden Kategorien – innerstaatliches Recht oder Völkerrecht – einordnen lässt.<sup>48</sup> In *Achmea* subsumiert der EuGH Unionsrecht unter „das geltende Recht der betroffenen Vertragspartei“ und „andere erhebliche Abkommen zwischen den Vertragsparteien“<sup>49</sup>. Damit scheint er anzuerkennen, dass dem Unionsrecht völkerrechtlich kein Status einer Rechtsordnung *sui generis* zukommt, sondern es als innerstaatliches Recht oder Völkerrecht gewertet werden kann. Jedoch bricht der EuGH nicht mit dem Postulat der eigenständigen Rechtsordnung, weil er in Bezug auf die „erheblichen Abkommen“ meint, dass Unionsrecht „auch *als einem internationalen Abkommen* zwischen den Mitgliedstaaten *entsprungen* anzusehen“<sup>50</sup> ist. Das gesamte

---

42 EuGH, *Costa/ENEL* 1269.

43 EuGH, *Achmea* Rz 33.

44 EuGH 5.2.1963, C-26/62, *Van Gend en Loos*, ECLI:EU:C:1963:1, 25–27.

45 EuGH, *Costa/ENEL* 1270; EuGH 9.3.1978, C-106/77, *Simmmenthal*, ECLI:EU:C:1978:49, Rz 23.

46 EuGH, Gutachten 2/13 Rz 158.

47 *Guzman*, International Organizations and the Frankenstein Problem, *EJIL* 2013, 999 (1014); *Phelan*, What Is *Sui Generis*? 367 (373–374).

48 *Binder/Hofbauer*, The Perception of the EU Legal Order in International Law: An In- and Outside View, in *Bungenberg et al* (Hrsg), *European Yearbook of International Economic Law* (2017) 139 (141).

49 EuGH, *Achmea* Rz 41.

50 EuGH, *Achmea* Rz 41, Hervorhebungen hinzugefügt.

Unionsrechts hat freilich seinen Ursprung in völkerrechtlichen Verträgen zwischen den MS, die die Grundlage für Sekundärrechtsakte bilden. Aber die Formulierung des EuGH („entsprungen“) scheint eine Trennung zwischen der völkerrechtlichen Natur der Gründungsverträge und ihrer Natur *sui generis* als Unionsrecht zu fingieren, als ob im Augenblick des Abschlusses der Gründungsverträge eine Transformation der völkerrechtlichen Natur in eine unionsrechtliche Natur eingetreten sei. Dadurch wird der EuGH einerseits seinem Anspruch gerecht, den EUV und AEUV als keine gewöhnlichen völkerrechtlichen Verträge beurteilen zu können, und schafft es andererseits, Unionsrecht unter den BIT zu subsumieren.

#### 4.2. Unionsrecht als Völkerrecht und als innerstaatliches Recht

Jenseits der Selbstbeschreibung des EuGH wird Unionsrecht durchaus in die Kategorie des Völkerrechts bzw des innerstaatlichen Rechts eingeordnet – *va* von Investitionsschiedsgerichten.<sup>51</sup> Die Beschreibung des Unionsrechts als innerstaatliches Recht vom Standpunkt des Völkerrechts kann weitreichende Konsequenzen haben, denn die Nichterfüllung einer völkerrechtlichen Verpflichtung ist durch die Berufung auf innerstaatliches Recht nicht rechtfertigbar.<sup>52</sup> Der Darstellung des Rechtssystems als Stufenbau mit Völkerrecht an der Spitze folgend, ist innerstaatliches Recht hierarchisch auf einer niedrigeren Stufe als Völkerrecht.<sup>53</sup> Jeglicher Konflikt zwischen Unionsrecht und einem Investitionsschutzabkommen müsste nach dieser Ansicht zur Nichtanwendung des Unionsrechts führen.<sup>54</sup> Wenn Unionsrecht als Völkerrecht klassifiziert wird, sind Konflikte zwischen Unionsrecht und einem anderen völkerrechtlichen Regime primär mit Hilfe der Regeln des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge zu lösen.<sup>55</sup>

Die Praxis zeigt jedenfalls, dass Unionsrecht sowohl als Völkerrecht als auch als innerstaatliches Recht gesehen werden kann, wodurch dem Unionsrecht die selbst zugeschriebene Sonderstellung in der völkerrechtlichen Außenperspektive abhanden kommt.<sup>56</sup> Der Ansatz, dass Unionsrecht als innerstaatliches Recht zu qualifizieren sei,<sup>57</sup> verkennt wohl dessen völkerrechtlichen Ursprung. Zugleich enthält das Unionsrecht strukturelle und institutionelle Charakteristika, die einer bundesstaatlichen Struktur gleichen. Insofern lässt sich Primärrecht als innerstaatliches Recht wie das Verfassungsrecht eines Staates beschreiben, das aus Sicht des Völkerrechts dennoch nur den Status von innerstaatlichem Recht innehat. Damit ginge ein Vorrang des Völkerrechts vor dem Unionsrecht einher.<sup>58</sup>

51 ZB ICSID, *RREEF/Spain* Rz 73; ICSID, *Vattenfall/Germany* Rz 145; PCA Case No 2010-17 22.10.2012, *European American Investment Bank AG (Austria)/The Slovak Republic* Rz 69–71.

52 Art 27 Wr Übereinkommen über das Recht der Verträge, BGBl 1980/40.

53 *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1960/2017) 387–391.

54 *Klabbers*, Treaty Conflict and the European Union (2008) 210.

55 Wr Übereinkommen über das Recht der Verträge, BGBl 1980/40; vgl ICSID, *Vattenfall/Germany* Rz 215.

56 Für eine ausführliche Analyse der Praxis siehe *Binder/Hofbauer* in *Bungenberg et al* 139.

57 *Schmalenbach*, Article 27 Internal law and observance of treaties, in *Dörr/Schmalenbach* (Hrsg), Vienna Convention on the Law of Treaties (2018) 493 (497).

58 AA *Kokott/Sobotta*, Investment Arbitration and EU Law, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2016, 3 (7).

### 4.3. Der Vorrang des Völkerrechts vor innerstaatlichem Recht als demokratiepolitisches Problem

Der Vorrang des Völkerrechts vor innerstaatlichem Recht stellt allerdings ein demokratiepolitisches Problem dar. Die gewählte Volksvertretung oder das Volk mittels direkt-demokratischer Instrumente kann neue Gesetze verabschieden, die in Konflikt mit völkerrechtlichen Bestimmungen geraten. Die völkerrechtlichen Verträge mögen vor langer Zeit abgeschlossen worden sein und von der demokratisch-legitimierten Vertretung abgelehnt werden, weil sie deren Regelungsautonomie einschränken. Aus Sicht des Völkerrechts kann kein nationales Gesetz, gleich wie demokratisch sein Entstehungsprozess, den Staat von seiner völkerrechtlichen Verpflichtung entbinden.<sup>59</sup> Der Vorrang des Völkerrechts bleibt bestehen, ansonsten könnte jede lästige Verpflichtung – mag es sich um Pflichten aus einem BIT oder der EMRK handeln – einfach und relativ schnell durch Verabschiedung eines nationalen Gesetzes umgangen werden. Die Problematik des Ausstiegs aus derartigen Verträgen kann hier aus Platzgründen nicht weiter thematisiert werden. Der Grundsatz von *pacta sunt servanda* und der Vorrang des Völkerrechts sind jedenfalls eng ineinander verschränkt.

Aus einer strengen demokratiepolitischen Sicht stellt dieser Stufenbau mit dem Vorrang des Völkerrechts ein Hindernis für die demokratische Veränderung gesetzlicher Grundlagen dar.<sup>60</sup> Auch hier tritt letztlich eine Entpolitisierung zu Tage. In einem demokratischen System wäre ein umgekehrter Stufenbau die logischste Wiedergabe des Willen des Volkes: Demokratisch legitimierte nationales Recht müsste den höchsten Maßstab bilden. Dabei kann freilich nur Verfassungsrecht diese Rolle einnehmen, dessen Beschluss in der Regel einen breiten Konsens benötigt. Mit dem Verfassungsrecht als höchstem Maßstab könnten die zentralen Wertvorstellungen und Wünsche des *demos* deutlicher wiedergegeben werden als durch die Bestimmungen einer völkerrechtlichen Grundlage, die sich an viele verschiedene Staaten richtet und für einzelne Staaten unveränderlich ist. Ein solches Argument ist dem unionsrechtlichen Autonomie-Argument des EuGH mit dessen Fokus auf die besonderen Merkmale nicht unähnlich. Sollte auf europäischer Ebene das Demokratiedefizit<sup>61</sup> überwunden werden und sich ein genuin europäischer *demos* herausbilden, wäre es durchaus vorstellbar, dass die demokratische Entstehung von „Unionsgesetzen“ zu den wesentlichen Merkmalen des Unionsrecht gezählt wird und die Autonomie gegenüber Völkerrecht eine weitere Argumentationsbasis findet.

---

59 Cotula, Democracy and International Investment Law, *Leiden Journal of International Law* 2017, 351 (361).

60 Dasselbe gilt freilich auch innerhalb der Union im Verhältnis von Unionsrecht und nationalem Recht.

61 Follesdal/Hix, Why There is a Democratic Deficit in the EU: A Response to Majone and Moravcsik, *Journal of Common Market Studies* 2006, 533.

#### 4.4. Problem der *sui generis* Natur – „European exceptionalism“

Bereits das bisherige Autonomie-Argument des EuGH zeugt von einem Glauben an einen Sonderstatus des Unionsrechts gegenüber anderen Rechtsordnungen – ein europäischer „exceptionalism“<sup>62</sup>.

Obgleich dies bei intra-EU BITs nicht so stark zur Geltung kommt, schafft das Postulat der Autonomie gegenüber Völkerrecht eine gefährliche Argumentationshilfe gegen die „strikte Einhaltung und Weiterentwicklung des Völkerrechts“ (Art 3 Abs 5 EUV) durch andere Staaten. Wenn der EuGH dem Unionsrecht eine Sonderstellung gegenüber dem Völkerrecht gewährt und dadurch auch Sonderrechte für die Union in völkerrechtlichen Regimen beansprucht, warum sollten nicht andere Staaten ihren Verfassungsordnungen einen Sonderstatus zugestehen? Anstelle der Achtung des Völkerrechts tritt dessen Unterordnung unter die unionsrechtlichen Notwendigkeiten. Einer strikten Einhaltung des Stufenbaus der Rechtsordnung mit Völkerrecht an der Spitze kann zwar vorgeworfen werden, dass die Werte, auf denen die jeweilige Rechtsordnung beruht, einer scheinbar neutralen formalistischen Hierarchie geopfert werden. Nichtsdestotrotz garantiert diese strikte Einhaltung des Vorrangs des Völkerrechts, dass alle Staaten und die Union als rechtlich gleich gelten. Sobald eine\*r der zentralen Akteur\*innen im int System für die eigene Rechtsordnung einen Sonderstatus beansprucht, erodiert das int Rechtssystem.<sup>63</sup> Außerdem bietet der EuGH mit seiner Rechtfertigung für die Autonomie des Unionsrecht vis-à-vis Völkerrecht eine Argumentationshilfe für Verfassungsgerichte von MS, die gegenüber dem Vorrang des Unionsrechts vor nationalem Recht kritisch eingestellt sind. Auch diese könnten die Ansicht vertreten, dass zur Wahrung der besonderen Merkmale ihrer Verfassung dem Unionsrecht Grenzen gesetzt werden müssen.<sup>64</sup> Somit schafft die Bezeichnung als Rechtsordnung *sui generis* nicht nur Vorteile, sondern neue Hindernisse für das int Rechtssystem und das Verhältnis zu den Rechtsordnungen der MS.

#### 5. Conclusio

*Achmea* hat nicht nur gezeigt, dass aus Sicht des EuGH intra-EU BITs unionsrechtlich problematisch sind, sondern auch, dass der EuGH jede externe Beurteilung von Unionsrecht auszuschließen versucht. Wenngleich dies in Bezug auf Investitionsschutz demokratiepolitisch begrüßenswert erscheint, sollte gerade mit Blick auf das EMRK-Gutachten die Frage gestellt werden, ob diese Jud-Linie das Unionsrecht nicht zu sehr von der „Außenwelt“ abkoppelt und das int Rechtssystem schwächt. Das Verhältnis von Völkerrecht und Unionsrecht wird den EuGH im Zusammenhang mit dem Investitions-

62 Vgl. Nolte/Aust, European exceptionalism? Global Constitutionalism 2013, 407.

63 Aust, Eine völkerrechtsfreundliche Union? Grund und Grenzen der Öffnung des Europarechts zum Völkerrecht, EuR 2017, 106 (118).

64 *Classen*, Autonomie des Unionsrechts als Festungsring? Anmerkung zum Urteil des EuGH (GK) v. 6.3.2018, C-284/16 (Slowakische Republik/Achmea BV), EuR 2018, 361 (369).

schutz noch längere Zeit beschäftigen: sowohl bei intra-EU BITs als auch bei Verträgen mit Drittstaaten (Stichwort: CETA-Gutachten). Inwiefern dabei Überlegungen zu Demokratie in der Autonomie-Argumentation eine Rolle spielen, wird sich zeigen.

Mag. Johannes Tropper, BA arbeitet als Projektassistent an der Universität Wien; johannes.tropper@univie.ac.at

# Investitionsschutzrecht 2.0: Alter Wein in neuen Schläuchen

Auf der Suche nach dem Sinn des Investitionsschutzes im CETA-Abkommen

Konrad Lachmayer / Lukas Wieser<sup>1</sup>

---

## 1. Ausgangssituation

Die Integration des Investitionsschutzrechts in Freihandelsabkommen spielt in den letzten Jahren eine immer wichtigere Rolle.<sup>2</sup> Während ursprünglich bi- und multilaterale Investitionsschutzverträge (BITs, MIAs) rechtsstaatliche Defizite ausgleichen wollten, hat sich das Investitionsschutzrecht zu einem allgemeinen Instrument des Wirtschaftsvölkerrechts entwickelt, das sowohl die EU als auch ihre MS dazu einsetzen, um bestehende rechtsstaatliche (insb gerichtliche) Standards zu ersetzen.<sup>3</sup> Auf diese Weise wird eine Zwei-Klassen-Gesellschaft im Rechtsschutz geschaffen, die in ihren unterschiedlichen Facetten aufgezeigt und analysiert wird. Der Investitionsschutz wird mit dem der allgemeinen Bevölkerung zustehenden Menschenrecht auf Achtung des Eigentums verglichen, um die Gemeinsamkeiten und Unterschiede herauszuarbeiten.<sup>4</sup>

Die folgende Analyse fokussiert auf das Investitionsschutzrecht des rezenten *Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part* (kurz: CETA). Zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist CETA vorläufig anwendbar, wobei das Investitionsschutzkapitel lediglich teilweise und nur insoweit vorläufig angewendet wird, als ausländische Direktinvestitionen betroffen sind.<sup>5</sup> Für die vollumfängliche Anwendung des Abkommens ist der Abschluss des Ratifikationsprozesses in sämtlichen MS erforderlich; die Ratifikation durch Ö ist bereits erfolgt.

Isd grundrechtlichen Struktur sollen zuerst die Schutzbereiche der eigentumsschützenden Systeme ermittelt werden. Darauf aufbauend sind die Eingriffe in die abgesteckten

---

1 Der Beitrag basiert auf einer rechtswissenschaftlichen Studie im Auftrag der Arbeiterkammer Wien.

2 So enthält etwa das *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) investitionsschutzrechtliche Regelungen. Auch das *Japan-EU Free Trade Agreement* (JEFTA) wird Investitionsschutzbestimmungen enthalten, wobei diese hinter den in CETA enthaltenen zurückbleiben. Vgl ebenfalls die EU-Vietnam und EU-Singapur Abkommen.

3 Vgl dazu im *thema* dieses Hefts: *Tropper, Achmea. Über Investitionsschutz, Demokratie und das Wesen des Unionsrechts*, *juridikum* 2018, 537.

4 Grundlegend *Kriebaum, Eigentumsschutz im Völkerrecht* (2008).

5 Siehe Mitteilung über die vorläufige Anwendung des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens (CETA) zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits, ABl 2017, L 238/9.

Schutzbereiche zu untersuchen. Schließlich können die im Eingriffsfall gewährten Ausgleichszahlungen und Entschädigungen verglichen werden.<sup>6</sup>

## 2. Erfasstes Eigentum im Investitionsschutz- und Menschenrechtsregime

### 2.1. Gemeinsamkeiten

Hinsichtlich der „Schutzbereichskerne“ kann festgestellt werden, dass bezüglich der von den Begriffen „Eigentum“ bzw „Investment“ erfassten Vermögenswerte keine gravierenden Unterschiede zwischen den Schutzregimen bestehen.<sup>7</sup> So sind bewegliche wie unbewegliche körperliche Sachen sowohl im Menschenrechts- als auch im Investitionsschutz geschützt,<sup>8</sup> wie auch schuldrechtliche Ansprüche bzw Ansprüche aus Vertrag, behördliche Genehmigungen und Bewilligungen, sowie die diversen Formen von Unternehmensbeteiligungen.

### 2.2 Unterschiede

Trotz dieser grds Gemeinsamkeiten kann der Auffassung, dass die unterschiedlichen Schutzziele keinerlei Auswirkungen auf die materiell gewährten Rechte hätten, dennoch nicht gefolgt werden.<sup>9</sup> Denn an den Rändern der Schutzbereiche sind zT substantielle Unterschiede auszumachen.

So ist ein wesentlicher Unterschied im Schutz von Unternehmensbeteiligungen zu sehen. Denn diese sind zwar sowohl im Menschenrechts- als auch im Investitionsschutz grds geschützt, der Umfang des Schutzes divergiert jedoch stark.<sup>10</sup>

Die Unterschiede beziehen sich dabei va auf AktionärInnen, die Eingriffe, die nicht ihre AktionärInnenrechte als solche, sondern das Unternehmen betreffen, unabhängig vom Unternehmen geltend machen wollen.<sup>11</sup> Die AktionärInnen verfolgen idZ keine Beeinträchtigung ihrer Rechte, sondern eine aus der Beeinträchtigung des Unternehmens folgende Wertminderung ihrer Beteiligung. Der EGMR gewährt AktionärInnen in dieser Hinsicht nur unter äußerst engen Voraussetzungen Schutz. Für den Schutz von MehrheitsaktionärInnen ist erforderlich, dass diese durch das Unternehmen ihre Geschäftstätigkeit ausüben. MinderheitsaktionärInnen wird grds kein Schutz gewährt.<sup>12</sup>

---

6 Siehe *Griller*, Three Salient Issues of the New Comprehensive Free Trade Agreements, in *Griller/Obwexer/Vranes* (Hrsg), *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA* (2017) 295 (301), der zutreffend darauf hinweist, dass staatliche Eingriffsbefugnisse durch weitreichende Entschädigungspflichten gewissermaßen „entwertet“ werden.

7 *Kriebaum*, Eigentumsschutz 173.

8 *Schreuer/Kriebaum*, The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law, in *Breitenmoser ua* (Hrsg), *Liber amicorum Luzius Wildhaber* (2007) 743 (747f).

9 In diese Richtung weisend etwa *Klein*, Human Rights and International Investment Law: Investment Protection as Human Right? *GoJIL* 2012, 199 (208).

10 *Kriebaum*, Eigentumsschutz 108.

11 *Ebd* 179f.

12 *Schreuer/Kriebaum* in *Breitenmoser ua* 743 (752ff).

Das Investitionsschutzrecht gewährt hingegen auch MinderheitsaktionärInnen umfassenden Schutz.<sup>13</sup> Dies dürfte nicht zuletzt dem Umstand geschuldet sein, dass – anders als im Menschenrechtsschutz – die geschädigten Unternehmen im Investitionsschutz selbst oft keine Möglichkeit haben, Klage zu erheben, da sie etwa die Nationalität des Gaststaates haben. Die Klagemöglichkeit der AktionärInnen für indirekte Schäden sichert hier die Rechtsverfolgung. Im Menschenrechtsschutz bedarf es dieser nicht, da ohnedies das geschädigte Unternehmen selbst – gegen seinen „Heimatstaat“ – Klage erheben kann.<sup>14</sup>

Auch Art 8.1 CETA nennt „shares, stocks and other forms of equity participation in an enterprise“ als geschützte Investitionen und gewährt damit MinderheitsaktionärInnen Schutz. Würde daher bspw ein österr börsennotiertes Unternehmen durch staatliche Maßnahmen beeinträchtigt, könnten kanadische (Minderheits-)AktionärInnen dieses Unternehmens ein schiedsgerichtliches Verfahren unter CETA anstrengen, österr (Minderheits-)AktionärInnen jedoch nicht, da sie von CETA mangels Status als „ausländische InvestorInnen“ nicht erfasst sind. Da der EGMR in stRsp einen Schutz für MinderheitsaktionärInnen verneint, käme ihnen darüber hinaus auch kein Schutz gem Art 1 1. ZP-EMRK zu. Der Investitionsschutz ist aufgrund des weiten Investitionsbegriffs (*investment*) insgesamt offener gestaltet als der menschenrechtliche Eigentumsschutz. Wenngleich CETA versucht, die als *investment* erfassten Vermögenswerte in einer Aufzählung zu konkretisieren, gelingt dies nur bedingt, da die Aufzählung als „Auffangklausel“ die Investmentkategorie des „any other kind of interest in an enterprise“ enthält. Diese inhaltliche Öffnungsklausel ermöglicht es Unternehmen, sehr weitgehend finanzielle Chancen unter den Begriff des *investment* zu subsumieren. Zwar würden aufgrund ihrer textuellen Weite auch die grund- und menschenrechtlichen Gewährleistungen eine extensive Interpretation zulassen, doch existiert idZ eine ausdifferenzierte und restriktive menschenrechtliche Rsp. Der Investitionsschutz geht somit bereits auf Ebene der Schutzbereiche über den Menschenrechtsschutz hinaus.

### 2.3. Vertrauensschutz („legitimate expectations“)

Der menschenrechtliche Eigentumsschutz ist des Weiteren von der Tendenz getragen, wirtschaftliche Interessen nur insoweit zu schützen, als sie sich bereits in einer Rechtsposition manifestieren. Nur diesfalls besteht ein menschenrechtlicher Schutz von „legitimate expectations“ (Vertrauensschutz); er scheidet aus, wenn es nach nationalem Recht unsicher erscheint, ob der in Frage stehende Anspruch überhaupt besteht.<sup>15</sup> Der EGMR

<sup>13</sup> Ebd 743 (757).

<sup>14</sup> Kriebaum, Eigentumsschutz 179f.

<sup>15</sup> S EGMR 10.7.2002, 39794/98, Gratzinger und Gratzinger/Tschechien: „The Court considers that there is a difference between a mere hope of restitution, however understandable that hope may be, and a legitimate expectation, which must be of a nature more concrete than a mere hope and be based on a legal provision or a legal act such as a judicial decision“.

geht somit nur in jenen Fällen vom Bestehen einer „legitimate expectation“ aus, in denen der/die KlägerIn nach der bestehenden Rechtslage vertretbarer Weise annehmen konnte, dass ihm/ihr das jeweilige Recht zustehe.<sup>16, 17</sup>

Unter CETA könnten „legitimate expectations“ hingegen in einem weiteren Umfang geschützt werden, da iZm dem Grundsatz des „fair and equitable treatment“ (kurz: FET) eine Berücksichtigung von staatlich verursachten „legitimate expectations“ bei der Feststellung, ob der Grundsatz des FET verletzt wurde, angeordnet ist (Art 8.10.4 CETA).

*Kriebaum* nennt eine Verletzung des Vertrauensschutzes als Ursache für eine Verletzung des Grundsatzes des FET, wenn besondere Zusicherungen gegeben wurden, denen iwF nicht entsprochen wird.<sup>18</sup> Erst aus den Schiedssprüchen könne jedoch geschlossen werden, welcher Art die berechtigten Erwartungen („legitimate expectations“) seien müssten, um Berücksichtigung zu finden.<sup>19</sup> Für CETA ist zumindest davon auszugehen, dass ein bloßes Vertrauen auf die Beibehaltung der Rechtslage keine „legitimate expectations“ auszulösen vermag, ordnet doch Art 8.9.2 an, dass aus der bloßen Änderung der Rechtslage keine Verletzung von Verpflichtungen aus CETA folgen könne.<sup>20</sup> Im Ergebnis bleibt hier jedoch vieles unklar.

### 3. Eingriffsmöglichkeiten und Entschädigungen

#### 3.1. Sachliche Einschränkungen von Investitionsschutzbestimmungen

Investitionsschutzrechtliche Regelungen stehen einer sozialverträglichen Regulierung des Eigentums nicht *per se* entgegen, sondern nur insoweit, als das jeweilige Investitionsschutzregime keine ausreichenden Eingriffstatbestände vorsieht oder die Eingriffstatbestände von den zuständigen Entscheidungsinstanzen iS eines weitgehenden Schutzes von Investitionen gegen staatliche Regulierung interpretiert werden.

Sowohl im Menschenrechts- als auch im Investitionsschutz bestehen Eingriffsmöglichkeiten für Staaten, die sich im Ergebnis aber erheblich unterscheiden. Während der Menschenrechtsschutz ein ausdifferenziertes Instrumentarium an Eingriffstatbeständen kennt, die durch das Erfordernis der Verhältnismäßigkeitsprüfung weiter „verfeinert“ werden

16 EGMR 28.9.2004, 44912/98, *Kopecný/Tschechien*: „Possessions“ can be either ‘existing possessions’ or assets, including claims, in respect of which the applicant can argue that he or she has at least a ‘legitimate expectation’ of obtaining effective enjoyment of a property right. By way of contrast, the hope of recognition of a property right which it has been impossible to exercise effectively cannot be considered a ‘possession’ within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1, nor can a conditional claim which lapses as a result of the non-fulfilment of the condition“.

17 *Harris/O’Boyle/Bates/Buckley*, Article 1, First Protocol: the Right to Property, in *dieselben* (Hrsg), Law of the European Convention on Human Rights<sup>3</sup> (2014) 862 (864); *Rainey/Wicks/Ovey*, The European Convention on Human Rights<sup>7</sup> (2017) 556ff.

18 *Kriebaum*, Eigentumsschutz 364.

19 *Ebd* 377.

20 „For greater certainty, the mere fact that a Party regulates, including through a modification to its laws, in a manner which negatively affects an investment or interferes with an investor’s expectations, including its expectations of profits, does not amount to a breach of an obligation under this Section“.

können, gibt es im Recht des internationalen Investitionsschutzes lediglich den Eingriffstatbestand der Enteignung. Dieser Eingriffstatbestand ist entscheidend für die Frage, ob dem/der InvestorIn eine Entschädigung gebührt oder nicht. Dieses „Alles oder Nichts“-Prinzip der schiedsgerichtlichen Rsp führt sowohl konzeptionell als auch faktisch zu unbefriedigenden Ergebnissen. Abhilfe kann nur eine Interessenabwägung in Form einer Verhältnismäßigkeitsprüfung bieten.<sup>21</sup> Es zeigt sich hinsichtlich des Punktes der staatlichen Eingriffsmöglichkeiten, dass das – bereits bestehende – abgestufte System der EMRK mit seinem Verhältnismäßigkeitsprinzip im Vergleich zum investitionsschutzrechtlichen „right to regulate“ über erhebliche Vorteile verfügt.

Die konkrete Verankerung des „right to regulate“ in CETA wirft zahlreiche zu klärende Rechtsfragen auf,<sup>22</sup> deren abschließende Beurteilung der schiedsgerichtlichen Entscheidungspraxis zukommt. *Griller* unterstreicht die auftretenden Auslegungsschwierigkeiten zutreffend, indem er darauf hinweist, dass bspw das „Recht auf Regulierung“ vom Grundsatz des „fair and equitable treatment“ getrennt normiert ist. Selbst wenn daher eine staatliche Maßnahme unter dem Aspekt des „right to regulate“ keine Verletzung der Investitionsschutzbestimmungen darstellen würde, könnte der Grundsatz des FET verletzt sein.<sup>23</sup>

### 3.2. Entschädigung

Auf Entschädigungsebene zeigen sich ebenfalls erhebliche Unterschiede zwischen dem Menschenrechts- und dem Investitionsschutz. Im Menschenrechtsschutz können – aufgrund der Inkorporation der Entschädigungsfrage in die Verhältnismäßigkeitsprüfung – abgestufte Entschädigungen zugesprochen werden. Im Investitionsschutz, der ein Verhältnismäßigkeitsprinzip iS der differenzierten menschenrechtlichen Verhältnismäßigkeit nicht kennt, kann nur entweder voll oder gar nicht entschädigt werden.

IZm den dargelegten Unklarheiten hinsichtlich des „right to regulate“ können dadurch durchaus Gefahren für dieses entstehen. Da abgestufte Entschädigungen nicht möglich sind, könnte die schiedsgerichtliche Praxis dazu tendieren, bei Eingriffen, die eine/n InvestorIn zwar in nicht gerechtfertigter Weise beeinträchtigen, aber unterhalb der Schwelle zur Enteignung anzusiedeln sind, im Zweifel von einer Enteignung auszugehen, um eine – dem Grunde nach gerechtfertigte – Entschädigung zusprechen zu können. Diese Entschädigung muss jedoch sodann in vollem Umfang erfolgen. Im Gegensatz zum menschenrechtlichen Eigentumsschutz wird die Entschädigung nicht abgestuft gewährt, sondern ist bei Enteignung eine Entschädigung zum vollen Marktwert („fair market value“ Art 8.12.2 CETA) vorzunehmen. Es fehlt daher auch idZ an einem ausgleichenden Mechanismus.

21 Vgl *Kriebaum*, Die Rolle des öffentlichen Interesses im Investitionsschutz, in Vienna Law Inauguration Lectures – Antrittsvorlesungen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien Band 3 (2014) 49 (57).

22 *Mayr*, Same same but different? Öffentliche Dienstleistungen und das neue Investment Court System der EU, *juridikum* 2016, 231 (239f).

23 *Griller* in *Griller/Obwexer/Vranes* 295 (300f).

Das staatliche „right to regulate“, das in seinem Wert ganz erheblich von der Frage abhängig ist, ob der Staat bei der Regulierung eine Entschädigung zu leisten hat, könnte dadurch erheblich beeinträchtigt werden. Denn für den Fall, dass sich der Staat aufgrund der Regulierung einer vollumfänglichen Entschädigungspflicht ausgesetzt sieht, wäre es – wie *Griller* zutreffend ausführt – nicht nur zynisch, sondern gänzlich verfehlt, darauf hinzuweisen, dass das staatliche Regulierungsrecht trotz Entschädigungspflicht intakt bliebe.<sup>24</sup>

#### 4. Zwischenresümee

Das int Investitionsschutzrecht, wie es sich in CETA manifestiert, unterscheidet sich deutlich vom int Menschenrechtsschutz, wie er in der EMRK zum Ausdruck kommt. Das Investitionsschutzrecht weist einen höheren und breiteren Schutzbereich auf, ist starrer konzipiert und kann daher nicht im selben Ausmaß auf die konkret vorliegende Situation eingehen. Verbunden mit unbestimmten Rechtsbegriffen besteht ein „Alles oder Nichts“-Prinzip, womit die Reichweite des Investitionsschutzes zentral von der Vollziehung durch Schiedsgerichte abhängt.

Demgegenüber ist der Menschenrechtsschutz konkreter, ausdifferenzierter und folglich in der Lage, sachgerechter auf die konkrete Situation einzugehen. Der Menschenrechtsschutz bietet oftmals nicht „Alles“ und gesteht dem Staat damit wesentlich mehr Gestaltungsspielraum zu.

Das im Investitionsschutzrecht vorherrschende „Alles oder Nichts“-Prinzip steht einem abwägenden Interessenausgleich – wie er im Menschenrechtsschutz vorgenommen wird – entgegen. Auf Basis eines breiteren Schutzbereichs (*investment*), von extensiv angelegten Prinzipien (*fair and equitable treatment*), eines bisher zahnlosen „right to regulate“ und eines starren „Alles oder Nichts“-Konzepts bestehen für ausländische InvestorInnen Chancen, für Eingriffe in ihre Vermögenswerte in einem raschen Verfahren volle Entschädigung zu erhalten. Dies selbst dann, wenn die Eingriffe in die Investitionen aus menschenrechtlicher Sicht entweder gar nicht als Eigentumseingriffe beurteilt würden, sie als verhältnismäßig qualifiziert worden wären oder bei zwar unrechtmäßigem Eingriff aufgrund der Verhältnismäßigkeitsprüfung lediglich eine relativ geringe Entschädigung zu leisten wäre.

#### 5. Rechtfertigung des internationalen Investitionsschutzes im Kontext von CETA?

##### 5.1. Rechtfertigungsbedürftigkeit des Investitionsschutzrechts

Der int Investitionsschutz dient dem Zweck, ausländischen InvestorInnen effektiven und umfassenden Schutz gegen Beeinträchtigungen im Staat der Investition zu gewähren.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> *Ebd* 295 (301).

<sup>25</sup> Zu Grundlagen und Entwicklung des int Investitionsrechts vgl. *Schreuer*, Das Internationale Investitionsrecht, in *Reinisch* (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts I<sup>3</sup> (2013) Rz 2335ff; siehe zur Gegenüberstellung der Schutzziele des menschen- bzw investitionsrechtlichen Eigentumsschutzes *Kriebaum*, Eigentumsschutz 174ff.

Dieser Schutz gegen den Gaststaat ist nur dann erforderlich, wenn es in diesem an rechtsstaatlichen Strukturen fehlt.<sup>26</sup> Es bedarf dieses Schutzes aber umso weniger, je ausgeprägter die rechtsstaatlichen Strukturen und die Effektivität und Unabhängigkeit der Gerichte im jeweiligen Gaststaat verankert sind.

Denn durch die Gewährung von Schutz an ausländische InvestorInnen bezweckt das int Investitionsschutzrecht die Schaffung eines investitionsfreundlichen Klimas in Staaten, in denen ausländische InvestorInnen ansonsten in erheblichem Maße Rechtsunsicherheit und Willkür ausgesetzt wären.<sup>27</sup> Insoweit im Investitionsstaat aber rechtsstaatliche Strukturen in adäquatem Maße etabliert sind, ist ein zusätzlicher Schutz für InvestorInnen nicht notwendig, da die staatlichen Gerichte ohnedies adäquaten Rechtsschutz gewährleisten.

Aufgrund der mit dem Abschluss von int Investitionsschutzverträgen verbundenen negativen Folgen ist vor der Aufnahme von Investitionsschutzbestimmungen in int Abkommen deren Erforderlichkeit bezüglich der involvierten Staaten streng zu prüfen.<sup>28</sup> Dass CETA als ein Freihandelsabkommen der neueren Art im Bereich des Investitionsschutzes versucht, die iZm klassischen bilateralen Investitionsschutzverträgen entstehenden Probleme zu adressieren und beheben,<sup>29</sup> genügt als Begründung nicht. Denn selbst durch Investitionsschutzbestimmungen der neueren Art können jene Probleme nicht beseitigt werden, die dem Investitionsschutzrecht aus Gründen seiner grundsätzlichen Struktur inhärent sind.

## 5.2. Auslegungshoheit der Schiedsgerichte

Ein für den vorgenommenen Vergleich maßgeblicher Umstand ist des Weiteren der Einsatz von unbestimmten Rechtsbegriffen in den Rechtstexten und damit zusammenhängend die jeweilige Vollzugszuständigkeit.

Denn die Frage der Reichweite des Schutzes und seiner Intensität hängt entscheidend von dem Grad der Bestimmtheit des Rechtstextes und der Handhabung von Entscheidungsspielräumen durch jenes Organ ab, dem die jeweilige Zuständigkeit zur Vollzie-

---

26 Vgl jedoch auch *Van Harten*, A Critique of Investment Treaties and Investor-State Arbitration, *juridikum* 2013, 338 (344), der infrage stellt, ob die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit selbst den Ansprüchen der „rule of law“ genügt. Diese Problematik wurde bzgl CETA jedoch durch die Etablierung der ständigen Schiedsgerichtsbarkeit entschärft; siehe auch *Schill*, Authority, Legitimacy, and Fragmentation in the (Envisaged) Dispute Settlement Disciplines in Mega-Regionals, in *Griller/Obwexer/Vranes* 111 (132).

27 Siehe *Tietje/Crow*, The Reform of Investment Protection Rules in CETA, TTIP, and Other Recent EU FTAs: Convin-  
cing? in *Griller/Obwexer/Vranes* 87 (94).

28 Vgl *Van Harten*, *juridikum* 2013, 338 (340f), der auf die zweifelhaften Auswirkungen, die Investitionsschutzverträge auf die ausländische Investitionstätigkeit haben, hinweist.

29 Vgl zur Thematik der „New Generation of Trade Agreements“ *Madner*, A New Generation of Trade Agreements: An Opportunity Not to Be Missed?, in *Griller/Obwexer/Vranes* 307; ein Überblick über die Investitionsschutzbestimmungen neuer Art im Hinblick auch auf CETA findet sich bei *Tietje/Crow* in *Griller/Obwexer/Vranes* 87 (95ff).

hung zukommt.<sup>30</sup> Dies ist zwar notwendige Konsequenz des grds Konzeptes von Rechtstexten als abstrakte Regelung,<sup>31</sup> bedeutet aber va auch im Rahmen des int Rechts eine Verlagerung der Interpretationshoheit und Entscheidungsmacht auf die vollziehende Ebene, womit der Sicherstellung der Qualität und Integrität der vollziehenden Organe besondere Bedeutung zukommt.

*Tietje/Crow* führen aus, dass wenngleich Investitionsschutzbestimmungen der jüngeren Generation – wie bspw in CETA und TTIP – im Vergleich zu älteren Bestimmungen eine erhöhte Bestimmtheit aufweisen, die Entscheidungsgewalt der Schiedsgerichte aber nicht wesentlich beschränkt sei. Durch die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen wie „manifestly arbitrary“, „rare circumstances“, „excessive“ und „necessary“ würde ein unvermeidbarer Grad an schiedsgerichtlicher „subjective evaluation“ bestehen bleiben, der es aber auch bedürfte, um die Funktion des Investitionsschutzes zu erfüllen.<sup>32</sup> Durch den Abschluss von Investitionsschutzverträgen werden nicht nur Problemstellungen – wie der unzureichende Schutz von InvestorInnen – adressiert, sondern gleichzeitig auch neue – wie der Eingriff in staatliche Regelungsbefugnisse durch Übertragung von Entscheidungsmacht an Schiedsgerichte – geschaffen. Diese durch das Investitionsschutzrecht verursachten Probleme können jedoch nicht innerhalb der Investitionsschutzverträge adressiert werden, da ihre Ursache in der grds Systematik des int Investitionsschutzrechts liegt.

Investitionsschutzverträge sollten folglich nur insofern abgeschlossen werden, als ihre Existenz aus sachlichen Gründen notwendig ist. Nicht die Formulierung oder Ausgestaltung der Investitionsschutzbestimmungen in CETA gilt es daher zu hinterfragen, sondern deren Aufnahme in das Abkommen an sich.

Denn auch wenn die Bestimmungen des Kapitels 8 CETA in verschiedenen Zusammenhängen das staatliche „right to regulate“ betonen und bspw in Punkt 3 Annex 8-A festgehalten wird, dass außer unter außergewöhnlichen Umständen nicht-diskriminierende Maßnahmen, die einem legitimen öffentlichen Interesse dienen, keine indirekten Enteignungen darstellen, bleiben aufgrund der notwendigen Unbestimmtheit der Investitionsschutzbestimmungen Risiken bestehen.<sup>33</sup>

Zusammenfassend ist festzustellen, dass durch die Aufnahme von unbestimmt formulierten Investitionsschutzbestimmungen in CETA das Problem entsteht, dass Entscheidungsmacht an Schiedsgerichte übertragen wird und nicht gesichert ist, dass das staat-

---

30 So zutreffend *Hoffmann*, Universalismus oder Vollstreckung partikularer Interessen? Eigentum zwischen Menschenrecht, Investitionsschutz und demokratischem Eigentumskompromiss, *juridikum* 2013, 361 (363); siehe auch *Lentner*, Investitionsschutz im Freihandelsabkommen CETA, *ecolex* 2016, 1027 (1029), der betont, dass abzuwarten sei, wie die investitionsschutzrechtlichen Bestimmungen von CETA in der schiedsgerichtlichen Entscheidungspraxis angewendet würden.

31 Siehe *Tietje/Crow* in *Griller/Obwexer/Vranes* 87 (91ff).

32 *Ebd* 87 (92f).

33 *Griller* in *Griller/Obwexer/Vranes* 295 (302).

liche „right to regulate“ in den schiedsgerichtlichen Entscheidungen ausreichend berücksichtigt werden wird.

### 5.3. Sachliche Rechtfertigung der Aufnahme von investitionsschutzrechtlichen Bestimmungen in CETA

Der Staat tauscht im Investitionsschutzrecht seine Souveränitätsrechte gegen den Glauben der InvestorInnen an den Schutz ihrer Investitionen.<sup>34</sup> Diese Aufgabe von Souveränitätsrechten ist jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn der jeweilige Staat ausländische Investitionen dringend benötigt, InvestorInnen aber aufgrund der mangelnden rechtsstaatlichen Strukturen und der Gefahr von willkürlicher Behandlung fernbleiben.

Da sowohl die EU als auch Kanada über etablierte rechtsstaatliche Strukturen und eine funktionierende Gerichtsbarkeit verfügen, besteht eine sachliche Rechtfertigung für die Aufnahme von Investitionsschutzregelungen in CETA nicht. Mit *Jaeger* kann festgehalten werden, dass Investitionsschutzbestimmungen nur „dort vonnöten [sind], wo zwischen den Partnerstaaten eines Abkommens ein institutionelles rechtsstaatliches Gefälle besteht, aufgrund dessen Ausländern eine diskriminierende oder benachteiligende Behandlung droht“. Zwischen „entwickelten Industriestaaten, insb etwa zwischen der EU und den USA, Kanada oder Japan, [gibt es aber] kein erkennbares rechtsstaatliches Gefälle, das Misstrauen in die staatliche Gerichtsbarkeit begründen könnte“.<sup>35</sup> Dieser Auffassung ist zuzustimmen.<sup>36</sup>

## 6. Schlussfolgerungen

Angesichts des Umstandes, dass sowohl in der EU als auch in Kanada adäquate rechtsstaatliche Strukturen etabliert sind und in der EU darüber hinaus ein wirksames menschenrechtliches Schutzinstrumentarium besteht, ist festzustellen, dass sachliche Gründe für eine Aufnahme von Investitionsschutzregelungen in CETA nicht vorliegen.<sup>37</sup>

Die Schaffung von Investitionsschutzbestimmungen führt zwangsläufig zu Problemstellungen hinsichtlich der Entscheidungsmacht von Schiedsgerichten und der staatlichen Regulierungsbefugnis. Der Versuch, diesen Problemstellungen durch einen neuen Stil der

34 Vgl *Tietje/Crow* in *Griller/Obwexer/Vranes* 87 (90).

35 *Jaeger*, Schluss mit dem Ge-CETA! *ecolex* 2016, 840 (842f); siehe auch *Van Harten*, *juridikum* 2013, 338 (343), der die Etablierung einer Investitionsschiedsgerichtsbarkeit im Umfeld von funktionierenden, qualitativ hochwertigen rechtsstaatlichen Strukturen problematisiert.

36 IdS auch *Madner* in *Griller/Obwexer/Vranes* 307 (311); *Mayr*, *juridikum* 2016, 231 (236), spricht idZ von der „problematischen Prämisse der Unzulänglichkeit des innerstaatlichen Rechtsschutzes“.

37 Siehe auch *Madner*, TTIP, CETA & Co: EU-Handelsabkommen einer neuen Generation und ihre Auswirkungen auf öffentliche Dienstleistungen, *juridikum* 2016, 221 (230): es ist noch nicht überzeugend dargetan, dass ein privilegierter Rechtsschutzmechanismus für InvestorInnen ein notwendiges Instrument im demokratischen Rechtssystem darstellt; idZ *Jaeger*, *ecolex* 2016, 840 (843), der ausführt, dass hinsichtlich der Frage der Notwendigkeit der investitionsschutzrechtlichen Bestimmungen die Kritik am Investitionsschutz in Abkommen wie TTIP und CETA in grds Weise berechtigt sei.

Formulierung von Investitionsschutzbestimmungen zu begegnen, ist oftmals nichts anderes als die Verschiebung von Entscheidungsspielräumen von einem alten auf einen neuen unbestimmten Rechtsbegriff.<sup>38</sup> Diese Problemstellungen lassen den Abschluss von Investitionsschutzverträgen zwischen Staaten, die beiderseits über einen funktionierenden Rechtsstaat verfügen, als umso fragwürdiger erscheinen.

Das Investitionsschutzrecht ermöglicht es Staaten ohne rechtsstaatliche Traditionen, durch die Einräumung von Rechtssicherheit an InvestorInnen ausländische Investitionstätigkeit zu fördern (wobei in der Lit durchaus bezweifelt wird, inwieweit Investitionsschutzverträge tatsächlich Investitionstätigkeit beeinflussen<sup>39</sup>). Die mit dem Investitionsschutzrecht verbundenen Einschränkungen der staatlichen Regulierungshoheit werden zu diesem Zweck als „notwendiges Übel“ akzeptiert. Insoweit Staaten über adäquate rechtsstaatliche Strukturen und Rechtssicherheit verfügen, ist der „pro forma“-Abschluss von Investitionsschutzverträgen abzulehnen.<sup>40</sup>

Das zur Lösung der Problemstellungen des Investitionsschutzes oftmals ins Spiel gebrachte Verhältnismäßigkeitsprinzip<sup>41</sup> existiert bereits iZm Art 1 1. ZP-EMRK und dessen Handhabung durch den EGMR. Zumindest bezüglich kanadischer Investitionen in der EU ist daher eine – sowohl für InvestorInnen als auch Staaten – zufriedenstellende Lösung bereits etabliert. Angesichts der Funktionsfähigkeit der betroffenen rechtsstaatlichen Strukturen bedarf es des Investitionsschutzes im räumlichen Anwendungsbereich von CETA – der EU und Kanada – nicht. Seine Einführung führt zu sachlich nicht gerechtfertigten Differenzierungen, die int InvestorInnen im Vergleich zu (innerstaatlichen) Unternehmen, KonsumentenInnen und ArbeitnehmerInnen maßgeblich privilegieren und damit eine Zwei-Klassen-Gesellschaft des Rechtsstaats etablieren. Mit *Madner* ist daher die Frage zu stellen: „[W]hy is there at all a need to grant special rights to foreign investors? All the more so, given the quality of judicial review in both Canada and the EU?“<sup>42</sup>

Dr. Konrad Lachmayer ist Universitätsprofessor für Öffentliches Recht und Europarecht an der Sigmund Freud Privatuniversität Wien; konrad@lachmayer.eu

Mag. Lukas Wieser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Univ.-Prof. (SFU) Dr. Konrad Lachmayer; lukas.wieser@lachmayer.eu

38 Siehe *Tietje/Crow* in *Griller/Obwexer/Vranes* 87 (92f).

39 Vgl *Van Harten*, *juridikum* 2013, 338 (340f): es gibt bestenfalls „conflicting evidence“, dass der Abschluss von Investitionsschutzverträgen zur Erhöhung des Investitionsvolumens in den beteiligten Staaten beiträgt; ebenso *Tobin/Rose-Ackerman*, *Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: The Impact of Bilateral Investment Treaties*, *Yale Law & Economics Research Paper No 293*, 31: „Overall, we conclude that the relationship between BITs and FDI is weak. In general, BITs, by themselves, appear to have little impact on FDI“.

40 Dahin gehend auch *Jaeger*, *ecolex* 2016, 840 (843).

41 So *Tietje/Crow* in *Griller/Obwexer/Vranes* 87 (97f).

42 *Madner* in *Griller/Obwexer/Vranes* 307 (311).

# Tertium datur – causa finita?

## Zum „Dritten Geschlecht“ in Österreich<sup>1</sup>

Elisabeth Greif

---

Etwa ein halbes Jahr nach dem dt BVerfG<sup>2</sup> hat auch der österr VfGH entschieden, dass intergeschlechtliche Menschen das Recht auf eine adäquate, ihrer Geschlechtsidentität entsprechende Bezeichnung im Personenstandsregister haben.<sup>3</sup> Um dieses Recht zu verwirklichen, ist keine Aufhebung bestehender gesetzlicher Bestimmungen nötig: Das entsprechende Ergebnis kann durch verfassungskonforme Auslegung des Personenstandsgesetzes (PStG 2013) erreicht werden. Richtschnur dafür ist das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art 8 Abs 1 EMRK. Das bedeutet: Intergeschlechtliche Menschen dürfen nicht gezwungen werden, die Begriffe „männlich“ oder „weiblich“ als personenstandsrechtliche Bezeichnungen zu verwenden. Die Personenstandsbehörde hat auf Antrag einer intergeschlechtlichen Person einen geeigneten Begriff als Geschlechtsbezeichnung einzutragen. Intergeschlechtliche Menschen müssen außerdem die Möglichkeit haben, ihr Geschlecht nicht anzugeben oder eine einmal erfolgte Geschlechtsangabe zu ändern oder auch ersatzlos löschen zu lassen.

### 1. Geschlechtseintrag als Ausdruck der Geschlechtsidentität

Bislang spielte das Recht auf Anerkennung der individuellen Geschlechtsidentität in der Rsp des EGMR va bei der staatlichen Anerkennung von Trans\*Personen eine Rolle.<sup>4</sup> Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Personenstand intergeschlechtlicher Menschen haben den EGMR noch nicht beschäftigt. Trotzdem muss das Recht auf Anerkennung der individuellen Geschlechtsidentität für intergeschlechtliche Personen ebenso gelten. Davon geht auch der VfGH aus. Er leitet aus Art 8 Abs 1 EMRK das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht ab, nur Geschlechtszuschreibungen akzeptieren zu müssen, die der eigenen Geschlechtsidentität entsprechen. Die Gesetzgebung muss sicherstellen, dass intergeschlechtlichen Menschen die selbstbestimmte Festlegung der Geschlechtsidentität tatsächlich möglich ist. Die Verfassung verlangt nicht zwingend, dass das Personenstands-

---

1 Gekürzte und aktualisierte Version von *Greif*, *Tertium datur – causa finita?* Zum Dritten Geschlecht in Österreich, *VerfBlog*, [verfassungsblog.de/tertium-datur-causa-finita-zum-dritten-geschlecht-in-oesterreich/](http://verfassungsblog.de/tertium-datur-causa-finita-zum-dritten-geschlecht-in-oesterreich/) (1.8.2018).

2 BVerfG 10.10.2017, 1 BvR 2019/16.

3 VfGH 15.6.2018, G 77/2018-9.

4 Grundlegend EGMR 11.7.2002, 28957/95, *Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich*.

register einen Geschlechtseintrag enthält: Die Gesetzgebung kann auf den Eintrag des Geschlechts verzichten – sieht sie ihn vor, muss sie zwischen den Interessen der\*des Einzelnen und jenen der Gesellschaft (soweit sie in Art 8 Abs 2 EMRK verankert sind) einen angemessenen Ausgleich herbeiführen.

## 2. Mehr als „weiblich“ und „männlich“

Ein rein binärer Geschlechtseintrag kann das Recht auf individuelle Geschlechtsidentität nicht hinreichend gewährleisten. Auch wenn die Anerkennung einer adäquaten Geschlechtsbezeichnung für Intergeschlechtliche (möglicherweise) die Anpassung von Rechtsnormen notwendig macht, können damit verbundene Schwierigkeiten das Interesse intergeschlechtlicher Menschen auf Anerkennung ihrer geschlechtlichen Identität nicht überwiegen. Ohnehin knüpfen nur mehr wenige Normen der österr Rechtsordnung an eine bestimmte Geschlechtszugehörigkeit unterschiedliche Rechtsfolgen.<sup>5</sup> Verwenden Normen den Begriff „Geschlecht“, tun sie dies meist in antidiskriminatorischer Absicht. Das PStG 2013 soll zwar nicht vor geschlechtsbedingter Diskriminierung schützen, bezieht sich aber auch nicht auf bestimmte, rein binäre Geschlechtsbezeichnungen. § 2 Abs 2 Z 3 PStG 2013 verwendet den Begriff „Geschlecht“ ganz allgemein, weshalb er auch alternative Geschlechtsidentitäten einschließen kann. Eine verfassungskonforme – insb EMRK-konforme – Interpretation ist also möglich und geboten, eine Aufhebung der gegenständlichen Bestimmung war dagegen nicht nötig. Auch die verfahrensrechtlichen Vorschriften zur Berichtigung, Änderung, (vorläufigen) unvollständigen Vornahme und (späteren) Ergänzung des Personenstandes sind entsprechend zu interpretieren. Empfindet sich eine intergeschlechtliche Person als „weiblich“ oder „männlich“, ist diesem Empfinden ebenfalls Rechnung zu tragen.

## 3. (Nur) Freiheit oder (auch) Gleichheit?

Der VfGH betrachtet die Frage nach der Anerkennung der Geschlechtsidentität intergeschlechtlicher Menschen nur unter dem Gesichtspunkt des Rechts auf Achtung des Privatlebens. Die Anerkennung der individuellen Geschlechtsidentität wird damit nur als Freiheitsrecht verhandelt. Unberücksichtigt bleibt die gleichheitsrechtliche Dimension: Der Gleichheitsgrundsatz nach Art 7 Abs 1 B-VG und das akzessorische Diskriminierungsverbot nach Art 14 EMRK werden vom VfGH in seine Überlegungen nicht miteinbezogen. Anders als das dt BVerfG<sup>6</sup> vergibt sich der VfGH damit die Möglichkeit klarzustellen, dass die unrichtige fremdbestimmte Zuschreibung einer Geschlechtskategorie

---

<sup>5</sup> Vgl *Greiff/Ulrich*, Legal Gender Studies und Antidiskriminierungsrecht (2017) 13f.

<sup>6</sup> Eingehend *Markard*, Struktur und Teilhabe: zur gleichheitsdogmatischen Bedeutung der „dritten Option“, VerBlog v 14.11.2017, [verfassungsblog.de/struktur-und-teilhabe-zur-gleichheitsdogmatischen-bedeutung-der-dritten-option](http://verfassungsblog.de/struktur-und-teilhabe-zur-gleichheitsdogmatischen-bedeutung-der-dritten-option) (1.8.2018).

(auch) diskriminierend ist bzw dass Art 7 Abs 1 B-VG selbstverständlich auch intergeschlechtliche Menschen vor einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts schützt.

#### 4. Alle Macht der Vollziehung?

Einmal mehr zeigt sich: Fortschritte im Bereich von LGBTI\*-Rechten sind in Ö (fast) nur durch die höchstgerichtliche Rechtsprechung zu erlangen. Angesichts der gesetzgeberischen Unwilligkeit, LGBTI\*-Rechte entsprechend menschenrechtlicher Vorgaben zu gewährleisten, scheint das Erkenntnis des VfGH nicht nur erfreulich, sondern auch strategisch klug. Die in Prüfung gezogenen Bestimmungen sind ab sofort verfassungskonform auszulegen.<sup>7</sup> Zur Anerkennung der Geschlechtsidentität intergeschlechtlicher Menschen bedarf es damit keines (unmittelbaren) Tätigwerdens der Gesetzgebung. Allerdings führt die Weigerung der Gesetzgebung, hinsichtlich der Rechte von Trans\*Personen und intergeschlechtlichen Menschen in einen Dialog einzutreten, zu Unklarheiten und Unsicherheiten. So legt sich der VfGH etwa nicht auf eine bestimmte weitere Geschlechtsbezeichnung fest. Stattdessen verweist er auf den Sprachgebrauch und auf eine Stellungnahme der österr Bioethikkommission, die die Begriffe „divers“, „inter“ oder „offen“ nennt. Die Gesetzgebung kann eine konkrete Bezeichnung festlegen – tut sie dies nicht, verlangt Art 8 EMRK nach Ansicht des VfGH keine beliebige Wahl der Geschlechtsbezeichnung: Ob eine beantragte Geschlechtsbezeichnung adäquat ist, müssten dann die Personenstandsbehörden prüfen. Wie sie das tun sollen, bleibt ebenso offen wie die Frage, wie die Personenstandsbehörden beurteilen, ob die Voraussetzungen für eine entsprechende Geschlechtsbezeichnung vorliegen. Der VfGH räumt die dritte Option „Menschen mit einer Variante der Geschlechtsentwicklung gegenüber männlich oder weiblich“ ein. Wann diese Voraussetzung vorliegt, sagt der VfGH nicht.<sup>8</sup> Der juristische Umgang mit Trans\*Personen in Ö hat gezeigt, dass das Fehlen gesetzlicher Regelungen zu einer unterschiedlichen Verwaltungspraxis führen kann. In grundrechtssensiblen Bereichen wirken sich derlei Ambivalenzen nur allzu leicht zu Lasten der Betroffenen aus. Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist ein wichtiges und unverzichtbares Instrument zum Schutz von Minderheitenrechten. Schon aus rechtsstaatlichen Erwägungen darf sie aber nicht zur „Ausrede“ für gesetzgeberische Untätigkeit werden.

Assoz. Univ-Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Elisabeth Greif ist Assoziierte Professorin am Institut für Legal Gender Studies der JKU Linz; [elisabeth.greif@jku.at](mailto:elisabeth.greif@jku.at).

7 IdS nun auch das LVwG OÖ in Revision seiner – dem Erk des VfGH zugrunde liegenden – E, LVwG OÖ 3.7.2018, LVwG-750369/46/MZ.

8 Kritisch mit Blick auf die Situation in Deutschland *Ambrosi*, Die Dritte Option: Für wen?, *VerfBlog*, [verfassungsblog.de/die-dritte-option-fuer-wen](http://verfassungsblog.de/die-dritte-option-fuer-wen) (1.8.2018).